

IIDH

Instituto Interamericano
de Derechos Humanos

Sistema Interamericano de Derechos Humanos y Libertad de Expresión en Paraguay



McCormick Tribune Foundation

INSTITUTO INTERAMERICANO DE
DERECHOS HUMANOS

**SISTEMA INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS Y
LIBERTAD DE EXPRESIÓN
EN PARAGUAY**

McCormick Tribune Foundation

© 2002 Instituto Interamericano de Derechos Humanos
San José. Reservados todos los derechos.

323.445	
l59s	Instituto Interamericano de Derechos Humanos Sistema Interamericano de Derechos Humanos y Libertad de Expresión en Paraguay / Instituto Interamericano de Derechos Humanos. -- San José, C.R. : IIDH; McCormick Tribune Foundation, 2002. 382 p. ; 22 1/2 x 15 cm. ISBN: 9968-778-96-6 1. LIBERTAD DE EXPRESIÓN - PARAGUAY 2. CONVENCIÓN AMERICANASOBRE DERECHOS HUMANOS, ART.13 3. NIÑOS - INTERÉS SUPERIOR 4. INMUNIDAD PARLAMENTARIA I. Título.

Las ideas expuestas en los trabajos publicados en este libro son de exclusiva responsabilidad de los autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Se permite la reproducción total o parcial de los materiales aquí publicados, siempre y cuando no sean alterados, se asignen los créditos correspondientes y se haga llegar una copia de la publicación o reproducción al editor.

Equipo productor de la publicación:

*Javier Mariezcurrena, Felipe Sánchez y Leonor Echeverría
Comité Editorial*

*Marisol Molestina
Coordinadora de la Unidad de Información*

*Marialyna Villafranca
Diseño y diagramación*

*Impresión
Imprenta Editorama*

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica
Tel.: (506) 234-0404 Fax: (506) 234-0955
e-mail: uinformacion@iidh.ed.cr

www.iidh.ed.cr

ÍNDICE

Presentación.....	7
1. Las restricciones a la libertad de expresión.....	13
<i>Cecilia Medina Quiroga</i>	
2. El Código Penal de Paraguay y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	35
<i>Hernán Víctor Gullco</i>	
3. Términos y conceptos legales sobre libertad de expresión.....	65
<i>Miguel H. López</i>	
4. Posibilidad de sustentar la doctrina de la real malicia en el derecho paraguayo.....	103
<i>Miguel Vargas</i>	
5. La presunción de inocencia en el nuevo Código Procesal Penal: ¿Colisiona con las disposiciones del artículo trece de la Convención Americana sobre Derechos Humanos?.....	135
<i>Luis Fernando Royg</i>	
6. Principio de inocencia y libertad de expresión.....	153
<i>Jorge Rolón</i> <i>Rossana Gómez</i>	
7. Libertad de expresión y Fuerzas Armadas.....	193
<i>María Graciela Mendoza</i>	
8. Libertad de expresión y propaganda electoral: el caso paraguayo.....	227
<i>Fernando Robles</i>	

9. Inmunidades parlamentarias	253
<i>María Francisca Prette</i>	
10. Asesinato del periodista Salvador Medina en Capiibary, Paraguay.....	291
<i>Marcos Ybáñez</i> <i>Edilberto Martínez</i>	
11. Los derechos del niño ante la libertad de expresión: el derecho a la intimidad y el derecho a informar.....	313
<i>Susana Oviedo</i>	
12. Los derechos del niño frente a la libertad de expresión. La vigencia efectiva del interés superior del niño.....	369
<i>Irma Alfonso de Bogarín</i>	

Presentación

La libertad de expresión está ampliamente garantizada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo XIII). A criterio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática”; su ejercicio es “indispensable para la formación de la opinión pública”; y es “en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opiniones, esté suficientemente informada”. En esta medida “una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”.

Lamentablemente, en América Latina la libertad de expresión no está plenamente garantizada en todos los países. Aun cuando los Estados americanos han ratificado la Convención y han adquirido esta clara obligación internacional, no han sido eficaces en su debida protección. Existen limitaciones judiciales, legislativas, administrativas y prácticas para el ejercicio efectivo de este derecho, y persisten, más allá de los periodos de gobiernos autoritarios, la persecución, las amenazas y agresión física a quienes informan a la ciudadanía sobre cuestiones de importancia pública.

El rol contralor de la corrupción y promotor de la transparencia que han venido asumiendo una buena parte de los medios de comunicación social de la región, frente a una situación persistentemente débil de la administración de justicia y una crisis recurrente de la capacidad de representación de los partidos políticos, ha incrementado la importancia de los medios y por tanto la necesidad de asegurar la libertad de expresión, proteger a los trabajadores de los medios y potenciar los mecanismos legales de reclamación ante las violaciones.

El fortalecimiento y plena vigencia de la libertad de expresión es una prioridad y un asunto de urgente consideración para el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. La Comisión Interamericana hace esfuerzos considerables para desterrar en la medida de sus posibilidades los comportamientos estatales reñidos con la libertad de expresión, atendiendo cada vez un mayor número de casos contra estados que no conforman su conducta a las previsiones de la Convención Americana. En 1998 se creó la Relatoría sobre Libertad de Expresión. La Corte Interamericana ha conocido y fallado en los últimos años varios casos de carácter emblemático sobre el tema, que han conseguido revertir situaciones violatorias de la libertad de expresión y han creado un fundamento jurisprudencial muy importante.

Sin embargo, para enfrentar y sobre todo para prevenir las violaciones contra la libertad de expresión no es suficiente el recurso de la jurisdicción internacional. Se necesitan además acciones de capacitación, promoción e investigación, tareas para las

que el Instituto Interamericano de Derechos Humanos es el organismo especializado a nivel regional.

El IIDH ha trabajado en los últimos cinco años de manera intensa en educación y promoción de la libertad de expresión y se ha posicionado en el continente como uno de los referentes sobre la materia. Desde 1996 hasta 1999 el IIDH desarrolló para América Latina y el Caribe seis seminarios regionales titulados *Medios de Comunicación y Sociedad Democrática*. Estos eventos reunieron a los más relevantes expertos en libertad de expresión en América Latina y El Caribe, periodistas, empresarios de medios de comunicación, juristas, personas clave de la sociedad civil, funcionarios judiciales y legisladores. El programa fue posible gracias a la colaboración de la Agencia Española de Cooperación Internacional –AECI–.

Bajo el auspicio del Programa de Dinamarca pro Derechos Humanos en Centroamérica (PRODECA) el 23 y 24 de agosto de 2001 se realizó, en la sede del IIDH, el foro *Sistema Interamericano de Derechos Humanos y Libertad de Expresión en Centroamérica*, el cual reunió a un grupo de aproximadamente veinte personas clave (juristas, legisladores, empresarios de la comunicación, periodistas, representantes de universidades, sindicatos de prensa, etc.) relacionadas con el marco legal sobre el que se desarrolla la libertad de expresión en sus países, el cual constituyó una experiencia piloto base para la implementación de un futuro proyecto sobre libertad de expresión en Centroamérica que se espera ejecutar en cooperación con PRODECA.

Además de estas acciones, el IIDH ha sostenido una rica línea editorial sobre la materia. En 1994 fue publicado *Periodismo, Derechos Humanos y Control del Poder Político en Centroamérica*. En diciembre de 1997 se publicó la *Revista Iudicium et Vita N°5 – Jurisprudencia Nacional de América Latina en Derechos Humanos*, obra que recoge fallos de diversos tribunales latinoamericanos sobre libertad de expresión y derecho a la información. En el 2000, se editó el tomo décimo de su colección *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, que contiene artículos doctrinarios de importantes expertos de la región sobre libertad de expresión, incorporando, por primera vez en la serie, un anexo documental conteniendo las decisiones que el sistema interamericano de derechos humanos había emitido hasta aquella fecha. Este material de trabajo ha sido fundamental en los cursos de libertad de expresión que el IIDH ha llevado a cabo en Paraguay, Venezuela y en Centroamérica. En octubre de 2001, el IIDH publicó, junto con la Editorial Jurídica Venezolana, el libro *La Libertad de Expresión Amenazada*, respaldando la iniciativa de sus autores, destacados juristas venezolanos. Algunos de ellos (Nikken, Brewer Carías) son miembros del Consejo Directivo del IIDH, otros (Ayala Corao, Chavero) tuvieron una participación activa en las acciones de capacitación que el IIDH llevó adelante en Venezuela. Esta obra reúne una gran cantidad de artículos de alto nivel jurídico en relación con la sentencia N° 1013 y las resoluciones posteriores del Supremo Tribunal de Justicia de ese país.

Gracias al generoso apoyo de la Fundación Robert McCormick Tribune, el IIDH desarrolló el proyecto *Libertad de Expresión y Sistema Interamericano de*

Derechos Humanos en Paraguay y Venezuela. Con el acuerdo de las Cortes Supremas de Justicia, el Congreso del Paraguay y las organizaciones más destacadas de la sociedad civil de los dos países, entre septiembre de 2000 y noviembre de 2001 se realizaron una serie continuada de cursos y talleres en ambos países para jueces, legisladores y representantes de organizaciones de la sociedad civil de derechos humanos, universidades, sindicatos y sector periodístico.

El proyecto mencionado apuntó a facilitar la incorporación de estándares internacionales de protección a la libertad de expresión en el derecho interno, mediante un proceso de entrenamiento y capacitación en libertad de expresión y derecho internacional de los derechos humanos, desde un enfoque jurídico. Durante este proceso fueron dictados diversos cursos especializados, según cada uno de los sectores (funcionarios públicos y sociedad civil), y como una actividad adicional los participantes debieron preparar un trabajo de investigación.

La realización de estos trabajos contó con seguimiento y apoyo a través de Internet del equipo de trabajo del IIDH integrado por Cecilia Medina Quiroga, ex Presidenta y actual miembro del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (proyecto en Paraguay); Carlos Ayala Corao, ex Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Proyecto en Venezuela) y Hernán Víctor Gullco, ex Secretario Letrado de la Corte Suprema de Argentina, experto en libertad de expresión (en ambos proyectos).

Enorme es nuestra satisfacción al presentar esta obra en la que se recogen algunos de los mejores trabajos de los participantes elaborados en el marco del proyecto *Libertad de Expresión y Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Paraguay*. Asimismo, contiene dos artículos de los profesores en el proyecto, Cecilia Medina Quiroga y Hernán Víctor Gullco, que por su valiosa calidad académica ofrecen al lector una clara visión de la importancia que reviste la protección de la libertad de expresión. Consideramos que esta publicación constituye un importante esfuerzo por contribuir con el estudio y promoción del derecho a la libertad de expresión y un ejemplo de las acciones que se pueden promover con el objeto de incidir positivamente en su efectiva vigencia en los países de la región.

*Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo*

1. Las restricciones a la libertad de expresión

*Cecilia Medina Quiroga**

Introducción

La libertad de expresión se consagra en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹ en los siguientes términos:

Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctor en Derecho Internacional, Universidad de Utrecht, Holanda. Ex Presidente y actual miembro del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Directora de la Escuela de Graduados del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile. Profesora de Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Miembro de los Consejos Editoriales del Netherlands Quarterly of Human Rights y del Human Rights Quarterly, John Hopkins University. Miembro de los Comités Consultivos Internacionales de la Marangopoulos Foundation for Human Rights (Grecia) y del Centro de Estudios Legales (Cels, Argentina). Autora de numerosos estudios especializados en temas de derechos humanos.

¹ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 220 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. El Pacto entró en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49. El Pacto tiene a enero del 2002, 148 Estados partes. Texto del tratado reproducido en *Derechos Humanos. Recopilación de Instrumentos Internacionales*, Naciones Unidas, 1988.

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.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos², por su parte, dispone en su artículo 13:

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

Las disposiciones señaladas contienen, dentro del derecho llamado en términos generales “libertad de expresión”, varios sub-derechos: (i) la libertad de pensamiento o de opinión³; (ii) la libertad de buscar información e ideas; (iii) la libertad de difundir información e ideas; y (iv) la libertad de recibir información, que es el otro aspecto de la libertad anterior, ya que si se tiene derecho a proveer información, otros tienen derecho a recibirla.

² La Convención Americana sobre Derechos Humanos (la Convención Americana) fue adoptada en la Conferencia Interamericana Especializada sobre Derechos Humanos en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. A enero del 2002, tiene 25 Estados partes. Texto del tratado en *Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano* (Actualizado a julio de 1992) OEA/Ser.L/V/II.82, doc. 6 rev., 1 julio 1992.

³ Utilizo estas dos expresiones para no dejar por fuera el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, aun cuando la libertad de pensamiento me parece una nomenclatura más adecuada para reflejar el contenido de la misma.

La libertad de expresión es un derecho humano que, en conjunto con otros, como los de libertad de reunión y de asociación, hacen posible el juego democrático. No se concibe una democracia en la que las personas no puedan decir lo que piensan, escuchar lo que piensan otros e informarse sobre los acontecimientos del país y/o asociarse para un proyecto común o reunirse para manifestar una posición. Sin perjuicio de ello, la libertad de expresión abarca bastante más que la expresión de las ideas u opiniones a través de las palabras. El ser humano puede expresarse también con su arte, con su vestimenta, con su silencio, con su actitud, y todo ello queda cubierto por la protección que el derecho internacional le otorga a la libertad de expresión.

Como todo derecho humano, la libertad de expresión es la norma, por lo que, en principio, todas las personas bajo la jurisdicción de un Estado deben poder ejercerla sin trabas. Por otra parte, sin embargo, los derechos humanos deben coexistir los unos con los otros, por lo que es imprescindible que se les armonice, y en esa armonización los derechos pueden sufrir restricciones. Corresponde, sin embargo, al derecho internacional, el asegurar el goce y ejercicio de los mismos, y para ello es imprescindible que establezca normas para regular la facultad de los Estados de realizar esta labor de conciliación de los derechos; de otra manera, el Estado que regula podría terminar por anular el derecho, limitarlo de tal modo que lo inutilizara, o limitarlo más allá de lo estrictamente necesario para producir la conciliación. Para decidir el marco dentro del cual el Estado puede regular las restricciones a un derecho, el derecho internacional distingue entre los diversos

derechos, disponiendo que algunos no podrán ser nunca objeto de restricción⁴, que otros admitirán solo ciertas restricciones claramente delimitadas⁵, y que otros, finalmente, podrán ser limitados sujetándose el Estado a ciertas directrices más generales⁶. Por esto, cuando se examina una restricción, es imprescindible conocer tanto las normas generales que limitan al Estado, como las normas particulares del derecho específico cuya restricción se analiza.

Este trabajo intentará clarificar brevemente las condiciones que el derecho internacional impone a los Estados para restringir los derechos en general, y la libertad de expresión en particular, con el fin de que el lector pueda tener un parámetro para apreciar, en cada caso particular, si una restricción específica es aceptada por las normas internacionales⁷.

⁴ La prohibición de la tortura y de los tratamientos crueles, inhumanos o degradantes es uno de estos derechos (ver PIDCP, artículo 7 y Convención Americana, artículo 5).

⁵ Un ejemplo típico es el derecho a la libertad personal tal como está consagrado en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales; el artículo 5 del Convenio establece que solo se podrá privar de la libertad personal en los casos que allí taxativamente se señalan. El derecho a la libertad de expresión tiene también formas prohibidas de limitación, cual es, la censura previa.

⁶ A modo de ejemplo, el derecho a la libertad de asociación (PIDCP, artículo 22 y Convención Americana, artículo 16), y el derecho a la libertad de reunión (PIDCP, artículo 21; Convención Americana, artículo 15).

⁷ También el derecho internacional permite que, en una situación de emergencia, cuando el ordenamiento jurídico normal del país no es apto para hacer frente a la situación, se suspendan ciertas obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, pero

La regulación de las restricciones en general

El derecho internacional intenta rodear a los derechos humanos de una protección eficaz y por ello establece normas de derecho estricto para establecer los límites dentro de los cuales los Estados pueden restringir los derechos. El primer límite dice relación con la legitimidad del órgano que establece la restricción. Con el fin de prevenir la arbitrariedad que podría existir si ella se impone discrecionalmente por el órgano ejecutivo, se exige que toda restricción sea hecha por ley, ya que se presume que los frenos y contrapesos que operan en un sistema democrático constituirán una garantía contra ella⁸.

Acorde con este espíritu, en el Continente americano, la expresión “ley” a que se refiere el artículo 30 de la Convención Americana ha sido interpretada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en uso de su facultad para emitir opiniones consultivas⁹. La Corte señaló que debe entenderse por ley una *“norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”*¹⁰, es decir, la

esa es una situación transitoria, que tiene reglas distintas que las de la restricción. Este trabajo no incluirá un estudio sobre ella.

⁸ Véase en la Convención Americana el artículo 30, que formula una norma de carácter general. En el PIDCP el requisito se establece para cada derecho (ver, por ejemplo, artículo 9.1, artículo 12.3, artículo 19.3).

⁹ Convención Americana, artículo 64.

¹⁰ Corte I.D.H., *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86 del 98 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párrafo 38.

restricción de un derecho requiere una ley tanto en sentido formal como en sentido material.

El segundo límite de toda restricción es que la causa que se invoque para justificarla sea de aquéllas posibles de invocar de acuerdo con el derecho internacional. Generalmente, estas son el orden público, la seguridad nacional, la salud pública, la moral pública o los derechos y libertades de los demás; pueden variar de un derecho a otro, pero se encuentran siempre señaladas en el tratado respectivo, que hace una enumeración taxativa de ellas.

En el sistema interamericano existe una tercera limitación: solo se permiten restricciones “necesarias en una sociedad democrática”. La expresión “necesaria en una sociedad democrática” ha sido frecuentemente interpretada por la Corte Europea de Derechos Humanos¹¹ y una interpretación similar ha sido dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que, en una opinión consultiva, hizo un símil con la jurisprudencia europea y la incorporó al sistema. La Corte Interamericana sostuvo que en el sistema interamericano la restricción: (i) debe responder a la “*existencia de una necesidad social imperiosa*”, es decir, debe estar orientada “*a satisfacer un interés público imperativo*”; (ii) entre varias opciones para alcanzar este objetivo “*debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido*”; y (iii) la restricción debe ser “*proporcionada al interés que la*

¹¹ Ver P. Van Dijk y G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, second Edition, Kluwer, Deventer/Boston, 1990, pp. 583-606.

justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”¹².

Esta interpretación constante de la expresión podría resumirse diciendo que la restricción debe ser: (i) conducente para conseguir proteger el valor que se puede tutelar mediante la restricción de ese derecho particular; (ii) debe ser proporcional, es decir, en la medida estrictamente necesaria para conseguir el fin perseguido; y (iii) no debe haber otra alternativa que restringir ese derecho para conseguir el fin, lo que implica que, si la hay, debe emplearse esa alternativa y no la restricción.

Los límites del Estado para restringir la libertad de expresión

La libertad de expresión comprende áreas muy diversas y cada una de ellas plantea al legislador diferentes desafíos para regularla. De partida, la expresión tiene una dimensión social, muy ligada a la democracia, y una dimensión individual, puesto que permite a cada ser humano manifestarse frente a terceros como él lo desea, en cualquier área de su vida, o indagar respecto del mundo lo que le parezca. Por otra parte, comprende acciones de diverso tipo, por lo que es preciso tener en consideración estas diferencias al momento de analizar si una restricción es permisible de acuerdo al Derecho Internacional.

¹² Corte I.D.H., *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, para. 46.

Varios factores son relevantes para esta tarea. Uno de ellos es que para identificar lo permisible, hay que examinar el verbo rector de la acción; no es lo mismo difundir o recibir que, por ejemplo, buscar. Un ejemplo puede aclarar el punto: Si una persona profiere palabras aparentemente insultantes, es necesario que primero se escuchen las palabras para después determinar si ellas son en verdad insultantes y pueden, por lo tanto, dar lugar a una responsabilidad. La calidad de insultante de una expresión, en términos que genere responsabilidad, depende de muchos factores y solo un tribunal puede estar en condiciones de decidir el punto, dentro de un proceso que tenga los requisitos exigidos por el derecho internacional para que sea “debido”¹³; el tribunal examinará, por ejemplo, la calidad de persona pública o privada de dicho tercero, los términos mismos, el medio de expresión usado, porque la publicidad de la expresión puede ser decisiva para determinar el grado de la responsabilidad. En consecuencia, la expresión no puede controlarse antes de que se emita. Por el contrario, si lo que quiere una persona es buscar información, es posible que la ley señale con antelación qué datos deben permanecer con carácter confidencial, con el fin de proteger la intimidad de los terceros o la seguridad nacional. En esos casos, habrá información estatal que afecte a terceros o a la que otros no podrán llegar.

El contenido de la expresión puede ser también determinante para decidir hasta dónde puede llegar la restricción. No es lo mismo dar una información, es

¹³ Los elementos del debido proceso se encuentran en la Convención Americana, artículo 8 y en el PIDCP, artículo 14.

decir, difundir hechos que puedan haber ocurrido, que dar una opinión. Lo primero puede dar lugar a responsabilidades si ha habido, por ejemplo, falsedad querida en la información; lo segundo, no es un problema de falsedad: lo que se opina o el juicio que se emite es propio, no puede ser analizado en términos de si es verdadero o falso, y podrá acarrear responsabilidad para quien lo emite en los términos señalados en el párrafo anterior.

También el contenido es importante para otros efectos. No parece ser lo mismo proteger la libertad de expresión sobre la política, la música, el arte, que proteger la libertad de expresión para la propaganda. En el caso de la propaganda hay un factor de fe pública que se debe considerar. Y dentro de la propaganda, tampoco es lo mismo aquella que ensalza artículos de vestir, por ejemplo, que la que recomienda una medicina o el tabaco. La propaganda para una medicina debe ser escrutada con un inmenso cuidado porque las consecuencias de una propaganda engañosa pueden ser extremadamente importantes para la vida y la salud de las personas; la del tabaco puede contener advertencias, como de hecho lo hace en casi todo el mundo, sobre el peligro que acarrea su uso.

Examinaremos a continuación las limitaciones del Estado para regular este derecho, utilizando como criterio de organización el verbo rector de la acción.

La libertad de pensamiento

La libertad de pensamiento consiste en el derecho a tener un pensamiento dentro de la mente y es, quizás, el

elemento más íntimo de la libertad de expresión. Es difícil siquiera imaginarse una manera en que el Estado o terceros puedan de hecho limitarla. Es posible, sin embargo, concebir acciones para impedir que las personas puedan abrigar determinados pensamientos, el “lavado de cerebro”, por ejemplo, y por ello su protección debe comprender la prohibición de interferir indebidamente para que otro se forme, modifique o erradique un pensamiento de su mente. Naturalmente, la línea que divide este tipo de acción, impermisible, y las acciones destinadas a convencer a terceros sobre las bondades de un pensamiento cualquiera, es tenue y difícil de trazar. Corresponderá nuevamente a los tribunales hacerlo en cada caso particular, utilizando los criterios generales anteriormente señalados.

La libertad de expresarse y de recibir lo expresado

Como se dijo anteriormente, la importancia del derecho a expresarse, que lleva consigo el derecho de terceros de recibir lo expresado, es de tal magnitud que, en general, los tratados internacionales y muchos ordenamientos jurídicos domésticos no permiten restricciones previas a su ejercicio, sino que solo admiten hacer efectivas responsabilidades ulteriores cuando a través del ejercicio de la libertad se han afectado ilegítimamente ciertos valores que las normas legales que consagran la libertad de expresión explícitamente permiten proteger de esta manera.

Por lo demás, una limitación *ex ante*, es decir, la censura previa, no limita sino que anula el derecho

completamente, por lo que no podría calificarse como una “restricción”. El Estado está autorizado, por lo tanto, a establecer responsabilidades para el caso de que el derecho se ejerza de manera abusiva, entendiéndose que es abusivo el ejercicio cuando con él se pone en peligro la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas, o cuando se falta el respeto a los derechos o a la reputación de los demás¹⁴. No es suficiente para hacer una restricción permisible que se sostenga que una idea choca, inquieta u ofende al Estado o a una fracción cualquiera de la población¹⁵.

A veces no es fácil decidir si una acción emprendida por el Estado constituye o no “censura previa”. Normalmente, se entiende por ello la prohibición absoluta de difundir una información u opinión o la prohibición de hacerlo sin someterse previamente a un examen de contenido. La Corte Interamericana estableció que habría censura previa cuando exista cualquier procedimiento que condicionara la expresión o la difusión al control gubernamental¹⁶. Sin embargo, en el caso Martorell, la Comisión Interamericana decidió que había censura previa en circunstancias que la prohibición de la importación de un libro escrito por éste había sido hecha por los tribunales chilenos al resolver un recurso de protección, que es un procedimiento sumarísimo para reclamar de la violación o amenaza de violación de algunos de los

¹⁴ Convención Americana, artículo 13, párrafo 2 y PIDCP, artículo 19, párrafo 3.

¹⁵ Corte Europea, Caso Handyside, sentencia de 7 de diciembre de 1976, párrs. 47-50 (A 24, 1976)

¹⁶ Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A N.o 5, párrafo 54.

derechos humanos consagrados en la Constitución chilena¹⁷. Estimo que no es relevante para definir la censura previa el examinar de qué órgano proviene la decisión; hay que estarse más bien al efecto que la acción tiene sobre el derecho a expresarse: si lo impide, de cualquier modo, antes de que se emita, habrá censura previa. Por esto, opino también que la prohibición del establecimiento de vías o medios indirectos, tales como controles oficiales o particulares de papel, frecuencias radioeléctricas, o equipos que se usan en la difusión de información, que impidan la comunicación y circulación de ideas y opiniones se basa en el mismo razonamiento de la prohibición de la censura previa¹⁸.

Hay autores que estiman que la existencia de limitaciones posteriores muy gravosas son equiparables a la censura¹⁹. No comparto, en principio, esa posición, ni veo en ella tampoco una protección mayor a la libertad de expresión. Una limitación posterior muy gravosa no pasará el examen de “necesaria en una sociedad democrática” y constituirá, por lo tanto, de todas maneras, una violación del derecho. Un caso claro en que podría plantearse la duda es el de Laptsevich c. Bielorrusia, país en que existía una legislación que permitía la confiscación de panfletos, impresos en 200 ejemplares o más, por no cumplir con la obligación de señalar nombre, fundadores, editor, número de serie de edición, fecha del ejemplar, precio o gratuidad,

¹⁷ Constitución Política de Chile, 1980, artículo 20.

¹⁸ Convención Americana, artículo 13.3.

¹⁹ Sobre la censura, véase E. T. Bianchi y H. Gullco, *El derecho a la libre expresión. Análisis de fallos nacionales y extranjeros*, Librería Editor Platense S.R.L., La Plata, Argentina, 1997, particularmente el Capítulo II.

dirección del que publica y del impresor y número de registro. El señor Laptsevich había confeccionado doscientos ejemplares de un panfleto que describía la historia del país y, entre otras cosas, la lucha del pueblo contra los “ocupantes” (los bolcheviques), que intentó repartir gratuitamente y fue confiscado. ¿Constituye esto “censura previa”? Mi respuesta sería negativa. Estimo que es de la esencia de la censura el que sea “previa”, es decir, que impida el ejercicio del derecho a expresarse. Cualquier limitación posterior a la expresión, debe ser examinada como una “responsabilidad ulterior”, sometiéndola al examen señalado anteriormente, es decir, analizando si ha sido impuesta por ley, para salvaguardar un valor permitido por el derecho internacional y si la restricción es “necesaria en una sociedad democrática”. De hecho, sería difícil que un tribunal decidiera el caso sin hacer primero una apreciación de si las limitaciones eran o no eran demasiado gravosas, y esa apreciación es, precisamente, la aplicación del *test* señalado. Esta fue la manera como procedió el Comité de Derechos Humanos, que decidió que el solicitar todos esos requisitos para repartir un panfleto constituía una limitación excesiva, que no era necesaria en una sociedad democrática²⁰.

Finalmente, con respecto a la censura previa, el párrafo 4 del artículo 13 de la Convención Americana permite que los espectáculos públicos sean censurados

²⁰ Comité de Derechos Humanos, caso Laptsevich c. Bielorrusia, Comunicación 780/1997, dictamen de 2 de marzo de 2000. Hay que tener presente que el Comité aplica un tratado que no tiene explícitamente la prohibición de la censura previa, pero yo aplicaría ese procedimiento también bajo la Convención Americana, por las razones ya dadas.

para el solo propósito de regular el acceso a los mismos a niños y adolescentes. La pregunta que uno puede hacerse es: ¿hasta qué punto constituye esto una censura previa de expresarse y no una limitación del derecho a recibir información o ideas? La pregunta es académica, puesto que la norma de la Convención permite este tipo de acción, pero sirve para mostrar la dificultad que puede presentar el decidir si una restricción es o no censura previa.

Cuando la restricción no constituye censura previa, es preciso examinar si esta está justificada por el derecho internacional. Es importante señalar aquí que corresponde al particular que se queja, probar que existe una restricción y al Estado demostrar que ella es justificada, estando la decisión final en manos de los tribunales nacionales y, eventualmente, del órgano internacional supervisor. El examinar el primer requisito exigido para la restricción, es decir, que ella haya sido impuesta por el ley es, en nuestros países, muy simple. El segundo requisito, que la restricción se haya impuesto con el fin de garantizar el respeto a los derechos o reputación de terceros o de proteger la seguridad nacional, el orden público y la moral o salud públicas, tampoco ofrece mayores problemas, aunque a veces no es fácil para el Estado decidir qué es lo que se está intentando proteger con la restricción²¹. Lo más difícil de decidir es, sin duda, si la restricción es “necesaria en una sociedad democrática”, es decir, (i) si es conducente para conseguir proteger un valor

²¹ Un ejemplo es el caso Schmidt contra Costa Rica ante la Comisión Interamericana en que el Estado no señaló con claridad lo que quería proteger con la exigencia de la colegiación obligatoria de los periodistas (Corte IDH, Colegiación Obligatoria de Periodistas, Opinión Consultiva OC-5/85 Serie A No. 5).

señalado en el artículo 13 de la Convención o 19 del Pacto; (ii) si es proporcional, es decir, no excede la medida estrictamente necesaria para conseguir el fin perseguido; y (iii) si no hay otra alternativa para conseguir el fin querido que restringir el derecho a expresarse. Quizás algunos casos sirvan para aclarar los criterios con que se procede a este análisis.

En el sistema interamericano, la Comisión ha establecido claramente que la figura del “desacato”, entendiéndose por tal expresión un figura penal que castiga las expresiones ofensivas contra ciertos funcionarios o autoridades públicas con una pena mayor que si estuvieran dirigidas contra un particular, es incompatible con el artículo 13.2 de la Convención Americana. Los Estados donde existe la figura típica del desacato sostienen que su establecimiento tiene por objeto “proteger a los funcionarios públicos contra la expresión ofensiva y/o crítica”, para que éstos puedan desempeñar sus funciones en libertad y, además, proteger “*el orden público porque la crítica de los funcionarios públicos puede tener un efecto destabilizador para el gobierno nacional...[ya que] ella se refleja no sólo en el individuo objeto de la crítica, sino en el cargo que ocupa y en la administración a la que presta servicios*”²².

La Comisión, por el contrario, sostiene que la libertad de expresión se protege y se promueve por la Convención Americana precisamente “*para preservar*

²² Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994, OEA/Ser.L/V/II.88 Doc. 9 rev., 17 febrero 1995, pp. 210-223 (212).

la existencia de las sociedades democráticas”²³, y que ésta no se protege si se penalizan los juicios de valor, ya que la posibilidad de sanciones penales por expresar este tipo de juicios no fomenta el debate público, sino que, por el contrario, lo desalienta. Partiendo de esa premisa, y de lo dispuesto en los artículos 29 y 32 de la Convención Americana, la Comisión llega a la conclusión de que las leyes de desacato que existen en muchos países miembros de la Organización de Estados Americanos son incompatibles con el artículo 13 de la Convención, por constituir una restricción a la libertad de expresión que no es necesaria en una sociedad democrática. La Comisión, siguiendo la jurisprudencia europea, sostiene finalmente que “en la arena política en particular, el umbral para la intervención del Estado con respecto de la libertad de expresión es necesariamente más alto debido a la función crítica del diálogo político en una sociedad democrática. La Convención requiere que este umbral se incremente más aún cuando el Estado impone el poder coactivo del sistema de la justicia penal para restringir la libertad de expresión”²⁴.

Aun cuando el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no contiene la expresión “necesarias en una sociedad democrática”, cuando regula las

²³ *Ibíd*em, p.213. Esta idea fue desarrollada por la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva No. 5, nota 18 y por la Corte Europea de derechos Humanos (Ver Corte E.D.H., Caso Lingens, A 103, 1986; Caso Handyside, A 24, 1976; Caso The Sunday Times, A 30, 1979; y Caso Castells, A 263, 1992.

²⁴ *Ibíd*em, p. 222. La Corte Europea sostiene esto claramente en el caso Oberschlick, donde expresa que “los límites aceptables de la crítica son por consiguiente más amplios respecto de un político actuando en su capacidad pública que respecto de un particular”. Ver Corte E.D.H., Caso Oberschlick, A 204, 1991.

restricciones de la libertad de expresión en el artículo 19.3, utiliza este mismo concepto al examinar las quejas sobre presuntas violaciones de esta disposición. A modo de ejemplo, en el caso Mukong c. Camerún, estimó que el arresto de una persona como consecuencia de haber dado una entrevista donde criticaba al Gobierno, constituía una restricción ilegítima que violaba el Pacto²⁵; lo mismo decidió en el caso Sohn c. Corea, en referencia a una ley que prohibía a terceros intervenir en una disputa de trabajadores que se había aplicado a una persona que había apoyado una huelga, por estimar Corea que ese apoyo era una amenaza para la seguridad nacional²⁶. Por el contrario, resolviendo una queja interpuesta por un padre de niños judíos que habían sufrido las consecuencias de las expresiones de un profesor primario que hablaba contra los judíos públicamente, incluso en televisión, instando a despreciarlos por socavar la libertad, la democracia y las creencias y los valores cristianos, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sostuvo en el caso Ross c. Canadá, que las sanciones impuestas por el Estado en contra de éste, constituían una medida necesaria en una sociedad democrática para proteger los derechos de terceros²⁷.

La Corte Europea tiene una interesante sentencia donde examina el elemento de “conducencia” de la restricción, en *Vereniging Weekblad c. Holanda*. Un

²⁵ Comité de Derechos Humanos, caso Mukong c. Camerún, comunicación 458/1991, dictamen de 21 de julio de 1994.

²⁶ Comité de Derechos Humanos, caso Sohn c. Corea, comunicación 518/1992, dictamen de 19 de julio 1995.

²⁷ Comité de Derechos Humanos, caso Ross c. Canadá, comunicación 736/1997, dictamen de 18 de octubre de 2000.

tribunal holandés resolvió ordenar el retiro de circulación de una revista que reproducía un informe confidencial del Servicio de Seguridad Interior del Estado, preparado hacía seis años, cuando los editores habían ya distribuido y vendido un gran número de ejemplares. La Corte Europea estimó que el retiro de circulación no servía ya ningún propósito porque la confidencialidad se había roto y la información era de baja sensibilidad²⁸. Otro caso interesante, que muestra un matiz por la naturaleza de la función que cumplía el peticionario es el de *Hadjianastassiou c. Grecia*, en que la Corte sostuvo que era una restricción legítima la sanción impuesta a un militar que había revelado información sobre un proyecto confidencial de armas militares a un fabricante de armas; la Corte estimó que un militar tiene una obligación mayor de ser discreto que un particular²⁹. Esto no implica que, en principio, la libertad de expresión sea menor para los uniformados, como lo señaló la Corte Europea en el caso *Vereniging Demokratischer Soldaten Osterreichs y Gubi c. Austria*, al sostener que Austria había violado la libertad de expresión al no dar facilidades para la distribución de una revista dirigida a los soldados³⁰.

²⁸ Corte Europea de Derechos Humanos, *Vereniging Weekblad "Bluf" c. Holanda*, A 306-A (1995). En el mismo sentido, *The Observer and Guardian Newspapers c. Reino Unido (caso Spycatcher)*, A.216 (1991).

²⁹ Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Hadjianastassiou c. Grecia*, A 252 (1992).

³⁰ Citado en D.J. Harris, M. O'Boyle y C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, London, Dublin Edimburgh, 1995, p. 389.

El derecho a buscar información

La libertad de expresión contiene también el derecho a buscar información, lo que es ligeramente diferente a recibir información. El recibir información es el otro lado de la medalla de la libertad de expresión; el buscar información implica la necesidad de que la información contenida en fuentes públicas debe ser abierta y estar al acceso de todos. Sin perjuicio de esto, se sostenía más arriba que es posible que el acceso se restrinja con el fin de proteger los valores permitidos de proteger por el artículo 13 de la Convención Americana y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

A menudo en nuestros países el acceso a la información es deficiente y se permite a los funcionarios públicos una amplia discrecionalidad para transformar las fuentes públicas en reservadas, impidiendo la búsqueda de la información, violando así las normas internacionales, puesto que el impedir el acceso a una fuente, en principio pública, requiere de ley, solo puede imponerse con el fin de proteger los derechos de terceros y la seguridad nacional, el orden público y la moral o la salud públicas, y el impedimento debe ser necesario en una sociedad democrática. Este acceso debe ser todavía más simple, más fácil, para aquellos que ejercen la labor de periodistas.

Un caso del Comité de Derechos Humanos ilustra claramente este punto. El señor Gauthier es un periodista que edita una publicación con noticias del Parlamento canadiense. Canadá ha restringido el derecho a usar las facilidades establecidas por el Estado para los medios de prensa, incluyendo el derecho a tomar notas de las sesiones del Parlamento, a aquellos

representantes de medios de comunicación que son miembros de una organización privada llamada la *Canadian Press Gallery*. La solicitud del peticionario para hacerse socio de esta Galería ha sido permanentemente rechazada invocando la falta de regularidad de la publicación de éste. El Estado ha argumentado que el peticionario no sufre ninguna desventaja significativa, puesto que los avances tecnológicos le permiten enterarse del contenido de las sesiones del Parlamento de diversas maneras; la mayor parte de las sesiones son televisadas y el señor Gauthier puede siempre asistir a las sesiones, aunque no puede tomar notas. El Estado agrega que la restricción se justifica porque así se consigue un equilibrio entre el derecho a la libertad de expresión y la necesidad de asegurar la operación efectiva y digna del Parlamento y la seguridad de sus miembros. El Comité aceptó el argumento del Estado de que la protección de la actividad del Parlamento podía ser un objetivo legítimo de proteger mediante un sistema de acreditación de periodistas, pero que puesto que esta acreditación constituía una restricción de los derechos del artículo 19, tanto las normas de acreditación como su aplicación misma a casos particulares debe examinarse con el fin de decidir si son necesarias y proporcionales al objetivo que se pretende conseguir. En el caso bajo examen, el Estado ha permitido a una organización privada controlar el acceso de la prensa al Parlamento, sin asegurarse de que no haya exclusiones arbitrarias en el acceso a la galería de prensa, por lo que el Comité estima que Canadá ha violado el artículo 19.3 del Pacto. En este caso, y teniendo en consideración la importancia del acceso a la información sobre el

proceso democrático, el Comité también menciona la Observación General No. 25³¹, donde el Comité señala que, con el fin de asegurar el pleno goce de los derechos políticos consagrados en el artículo 25 del Pacto, es esencial que haya una comunicación libre de información e ideas acerca de los asuntos públicos entre los ciudadanos, los candidatos y los representantes que han sido elegidos a las funciones públicas. El Comité sostiene que esto implica la necesidad de un amplio acceso de los medios de comunicación a la información, que permita la oportunidad de difundir la información y opiniones recogidas acerca de las actividades de órganos electos del Estado y de sus miembros³².

Conclusiones

Como puede advertirse de este pequeño análisis de las restricciones a la libertad de expresión, es éste un derecho que goza de enormes resguardos en el derecho internacional por su papel esencial, tanto para el buen desarrollo de la democracia política, cuanto para la auto-realización de los seres humanos. De los ejemplos proporcionados aparece claramente que no existe una norma general que permita su aplicación casi automática para decidir en cada caso la legitimidad de una restricción. La elaboración de la jurisprudencia ha tenido éxito, sin embargo, en proveer al intérprete con

³¹ Comité de Derechos Humanos, Observación general No. 25, aprobado el 12 de julio de 1996.

³² Comité de derechos Humanos, caso Gauthier c. Canadá, Comunicación 633/1995, dictamen de 7 de abril de 1999.

criterios generales, aplicados en innumerables casos, que dan una excelente orientación para la aplicación local del derecho internacional en este tema.

2. El Código Penal de Paraguay y la Convención Americana sobre Derechos Humanos

*Hernán Víctor Gullco**

Introducción

El objeto de este trabajo es analizar algunas disposiciones del Código Penal del Paraguay (de ahora en adelante, CP), determinar su alcance, y examinar si aquéllas resultan o no compatibles con la cláusula sobre libertad de expresión incluida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Es innecesario remarcar la gran importancia que tiene tal examen si se advierte que, tal como lo establecen los artículos 137 y 141 de la Constitución Nacional, los tratados internacionales que han sido aprobados y ratificados por Paraguay, como lo es la CADH, poseen

* Catedrático en Derecho Constitucional y Penal en varias Universidades de Argentina y autor de numerosas publicaciones sobre estas materias. Ex Secretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia de Argentina. Profesor de la Universidad de Palermo, Buenos Aires, Argentina. Experto en libertad de expresión.

jerarquía superior respecto de las leyes dictadas por el Congreso.

Las disposiciones del Código Penal que tutelan el honor y la reputación

Es claro que la mayor posibilidad de conflicto entre la CADH y el CP se produce en el ámbito de los tipos penales destinados a tutelar el honor y la reputación de las personas, que se encuentran ubicados en el Capítulo VIII de ese último cuerpo de leyes¹.

En el presente trabajo, analizaré los delitos de calumnia, difamación e injuria, previstos respectivamente en los artículos 150, 151 y 152 CP. No examinaré específicamente, en cambio, el delito de denigración de la memoria de un muerto (artículo 153)² porque considero que las consideraciones efectuadas respecto de los anteriores tipos penales son aplicables a este último.

El delito de calumnia

Este delito está previsto en el artículo 150 CP, el cual está redactado en los siguientes términos:

-
- ¹ El posible conflicto entre el derecho a la libre expresión y el CP no se produce únicamente respecto de los delitos del Capítulo VIII. Así, resulta claro que también se plantean problemas interesantes en este sentido, entre otros, respecto de los delitos de: Lesión de la intimidad de la persona (artículo 143), Violación de la confidencialidad de la palabra (artículo 145), Violación del secreto de la comunicación (artículo 146) y Revelación de secretos del Estado (artículo 282).
 - ² Esta norma dice así: “ 1° El que denigrara gravemente la memoria de un muerto mediante calumnia, difamación, injuria o lesión de la intimidad de la persona, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año. 2° El hecho no será perseguible si fuera realizado después de transcurridos diez años de la muerte del denigrado, salvo que el mismo constituyera, independientemente, otro hecho punible”.

“1º El que en contra de la verdad y a sabiendas afirmara o divulgara a un tercero o ante éste un hecho referido a otro, capaz de lesionar su honor, será castigado con multa.

2º Cuando el hecho se realizara ante una multitud, mediante la difusión de publicaciones conforme al artículo 14, inciso 3º, o repetidamente durante un tiempo prolongado, la pena podrá ser aumentada a pena privativa de libertad de hasta dos años o multa.

3º En vez de la pena señalada, o conjuntamente con ella, se aplicará lo dispuesto en el artículo 59”.

La expresa mención que se hace en la disposición transcripta acerca de un “hecho” indica claramente que aquélla ha excluido a los *juicios de valor* como elemento del tipo penal. Como un primer intento de distinción entre ambos conceptos, se podría afirmar que los primeros se refieren a aquello que ha sucedido o que existe en la realidad y que, en consecuencia, es susceptible de prueba³. Por cierto que la práctica de los tribunales muestra que tal distinción no es siempre fácil en la práctica. Así, en el conocido caso “Castells”⁴, resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la mayoría consideró que las afirmaciones del nombrado Castells, de que las autoridades españolas estaban implicadas en ejecuciones ilegales de nacionalistas vascos, eran “hechos” cuya verdad o falsedad podía ser probada en un proceso judicial. En

³ Conf. Lacker, “StGB. Srafgesetzbuch mit Erläuterungen”, 21a. ed, pág. 806. El autor comenta el parágrafo 186 del Código Penal alemán que es similar al artículo 151 del Código Penal paraguayo.

⁴ Sentencia del 23 de abril de 1992.

cambio, en las opiniones concurrentes del tribunal, se sostuvo que se trataban de “opiniones”, cuya veracidad no debía ser acreditada por su emisor. Sin embargo, como pauta aproximativa de distinción entre hechos y juicios de valor, resulta útil lo expresado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Lingens”⁵: “... Mientras que la realidad de los primeros puede probarse, los segundos no son susceptibles de prueba...” (considerando 46).

Por otra parte, la exigencia contenida en el tipo penal del artículo 150, de que los hechos deben ser “en contra de la verdad”, demuestra claramente que deben tratarse de hechos *falsos*. Esto es, no es posible condenar, con base en el artículo 150 CP, a aquel que realice afirmaciones *verdaderas*, aun cuando ellas puedan lesionar el honor de un tercero⁶.

En lo que concierne al *tipo subjetivo*, resulta claro que el artículo 150 es *doloso* porque, además de utilizar el término “a sabiendas”, no existe norma alguna en el CP que prevea *expresamente* la posibilidad de realizar *culposamente* el delito de calumnia⁷.

Ello significa, en primer lugar, que resulta necesario que el autor de una afirmación de hecho falsa *conozca efectivamente* dicha falsedad para ser responsable penalmente conforme el artículo 150. Tal conclusión surge de la propia definición que se da de las conductas

⁵ Sentencia del 8 de julio de 1986.

⁶ Sin perjuicio que tal conducta pueda configurar otro tipo penal, como más adelante se verá.

⁷ Conf. artículo 17, inciso 1º, C.P.: “Cuando la ley no sancionara expresamente la conducta culposa, será punible sólo la conducta dolosa”. Un supuesto en el cual el CP prevé expresamente la forma culposa de comisión es el artículo 107: “El que por acción culposa causara la muerte de otro, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa”.

dolosas en la Exposición de Motivos del Código Penal: “...que se caracterizan en su parte subjetiva - al menos- por la representación de todas las circunstancias objetivas del tipo legal...” (punto VIII, 3). Por otra parte, dicha representación debe ser *efectiva* y no meramente potencial: “... El conocimiento [en el dolo] siempre es *efectivo*, es decir, que siempre que debe referirse a contenidos efectivos de la conciencia. De allí que de su concepto se excluyan (a) el llamado *conocimiento potencial*, que es un *no conocimiento*, pues es una mera posibilidad de conocimiento; esta posibilidad de conocimiento y de comprensión basta para la culpabilidad, o sea, para formular el reproche, pero no para el objeto del mismo (el injusto); (b) el llamado conocimiento inconsciente –que fundaría un querer inconsciente- no es admisible en el dolo, toda vez que la tipicidad abarca conductas manifiestas: no cuenta para el dolo nada que no esté psíquicamente presente en la conciencia como contenido de ésta...”⁸.

Además, la exigencia de que el dolo supone el conocimiento efectivo de todos los conocimientos del tipo objetivo aparece en el artículo 18 inciso 1º CP, el cual establece que actúa sin dolo “... el que al realizar el hecho obrara por error o desconocimiento de un elemento constitutivo del tipo penal...”.

Examen del delito de calumnia a la luz de la CADH

Una vez realizado el análisis dogmático del tipo básico del artículo 150 CP, corresponde examinar a

⁸ Zaffaroni, Alagia y Slokar; “*Derecho Penal. Parte General*”, Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 497; la cursiva está en el original.

continuación si dicha norma es o no compatible con el artículo 13 CADH, que reconoce el derecho a la libre expresión.

Esta cláusula dispone: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o 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. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier

persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

Si bien es cierto que el artículo 13.2.a CADH autoriza a someter al ejercicio de la libertad de expresión a “responsabilidades ulteriores” con el objeto de tutelar “los derechos o la reputación de los demás”, la amplitud de los términos con que la citada norma tutela la libertad de expresión indica un fuerte compromiso de los países signatarios de dicha Convención a favor de dicha libertad y, consecuentemente, una fuerte restricción a las facultades de dichos países de sancionar (especialmente, en el campo del derecho penal) el ejercicio de la libre expresión.

Esta fuerte toma de posición aparece claramente en la decisión emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “La Colegiación Obligatoria de Periodistas”⁹: “... Es importante destacar que la Corte Europea de Derechos Humanos, al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, concluyó que ‘necesarias’, sin ser sinónimo de ‘indispensables’, implica la ‘existencia de una necesidad social imperiosa’ y que para que una restricción sea ‘necesaria’ no es suficiente demostrar que sea ‘útil’, ‘razonable’ u ‘oportuna’... Esta conclusión, que es igualmente aplicable a la Convención Americana, sugiere que la necesidad y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de

⁹ Opinión Consultiva n° 5/85.

que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo...” (considerando 46).

No es necesario insistir en la enorme importancia que tiene la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre el alcance de la CADH para la labor de interpretación que deben realizar los tribunales nacionales respecto de aquélla. Son aquí relevantes las consideraciones de la Corte Suprema argentina sobre este punto: “... la ya recordada ‘jerarquía constitucional’ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos... ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, ‘en las condiciones de su vigencia’ (artículo 75, inciso 22, 2º párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención (confr. artículos 75 de la Constitución, 62 y 64 de la Convención Americana y artículo 2º ley 23.054)...” (Caso “Giroldi”, Fallos: 318:514, resuelto en 1995, cons. 11)¹⁰.

Las razones de las fuertes restricciones –enunciadas por la Corte Interamericana en el citado caso “La

¹⁰ La relevancia de esta jurisprudencia se debe a que, si bien la Constitución de Paraguay no otorga –a diferencia de la argentina– jerarquía constitucional a los tratados, les reconoce, como se ha visto, prelación respecto de las leyes dictadas por el Congreso.

Colegiación Obligatoria de Periodistas”- que tienen los Estados nacionales para sancionar el ejercicio de la libertad de expresión, aparecen claramente expresadas por el Tribunal Europeo en el citado caso “Lingens”:
“... la Corte debe recordar que la libertad de expresión, tal como la misma es garantizada por el parágrafo 1º del artículo 10, constituye uno de los pilares fundamentales de la sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su progreso y para el desarrollo de cada individuo...” (considerando 41).

Ahora bien, resulta también claro que, al emitirse afirmaciones de hecho, existe una alta posibilidad de que ellas puedan ser inexactas y que puedan afectar el honor de un particular. Es fácil advertir que la posibilidad de aplicar una sanción civil o penal ante la sola afirmación o divulgación de un hecho falso tendría consecuencias muy graves para el desarrollo de la libertad de expresión, en aquellos temas que posean un interés público relevante.

Es por tal razón que tribunales constitucionales de varios países han exigido, en tales supuestos, como requisito para aplicar una sanción (civil o penal), la comprobación de un elemento subjetivo que indique que el autor de la afirmación falsa conocía tal falsedad o, al menos, actuó con notoria despreocupación acerca de el carácter falso o verdadero de la información. El fundamento de esta doctrina se encuentra expresado claramente en el célebre fallo de la Corte Suprema estadounidense en el caso “New York Times v. Sullivan”¹¹, que fue el que dio origen a esta doctrina,

¹¹ Sentencia del 9 de marzo de 1964, 376 U.S. 254.

conocida como de la “real malicia”, que ha sido adoptada por la jurisprudencia de varios países¹²: “Que una afirmación errónea es inevitable en el debate libre y que éste debe ser protegido si la libertad ha de ser el ‘espacio vital’ que las personas necesitan (...) para sobrevivir (...)” fue también reconocido por la Corte de Apelaciones de Distrito de Columbia en *Sweeney v. Patterson*: “Casos que imponen responsabilidad por informes erróneos de la conducta política de funcionarios reflejan la obsoleta doctrina de que el gobernado no debe criticar a sus gobernantes (...) El interés del público aquí excede el interés del recurrente (...) o de algún otro individuo (...) Errores de hecho, particularmente respecto de los estados y procesos mentales de un hombre, son inevitables (...). Cualquier cosa que agregue al terreno de la difamación es tomada del terreno del debate libre”. Una regla que obligue al crítico de la conducta oficial a garantizar la verdad de todas sus aserciones fácticas –y a hacerlo bajo pena de condenas por difamación virtualmente ilimitadas en cuanto a su monto- conducen a una ‘autocensura’...”. En consecuencia, la Corte Suprema concluyó que la cláusula de la libre expresión de la Constitución estadounidense no permitía condenar civilmente por daños y perjuicios al autor de una información falsa que afectara a un funcionario público, en un tema de interés público, a menos que el actor acreditara que el autor conocía dicha falsedad o que había actuado con notoria

¹² Para una reseña de la adopción por parte de la jurisprudencia española y argentina de soluciones similares a las del caso “New York Times”, ver Bianchi y Gullco, “*El Derecho a la Libre Expresión*”, Editora Platense, La Plata, 1996, pág. 160 y siguientes.

despreocupación acerca de su carácter falso o verdadero¹³.

Si analizamos el artículo 150 CP a la luz de esta doctrina, vemos que satisface la garantía mínima a favor de la libertad de expresión, que aparece receptada en la doctrina de la “real malicia”, y que debe regir en el campo del derecho penal ¹⁴.

En efecto, dado que, tal como vimos en el punto anterior, el delito de calumnia es doloso, es claro que la exigencia –contenida en el artículo 150 CP- de que el autor tenga un conocimiento efectivo acerca de la

¹³ En casos posteriores, la doctrina del citado caso se extendió a supuestos de personalidades públicas que no eran funcionarios. La razón de esta ampliación se debe a que una personalidad pública, al igual que un funcionario, merece menor protección en su honor y reputación que un simple particular debido a que se ha involucrado voluntariamente en temas de interés público y, además, se encuentra en mejores condiciones que los particulares para contestar los ataques en su contra debido a su acceso a los medios de información. La Corte estadounidense definió a las “personalidades públicas” de la siguiente forma: “... Esa denominación puede fundarse en dos razones diferentes. En algunos casos, un individuo puede alcanzar una fama o notoriedad tan penetrantes que se convierte en una personalidad pública a todos los efectos y en todos los contextos. Más comúnmente, un individuo voluntariamente se introduce o es conducido a una controversia pública concreta y por esta vía se convierte en una personalidad pública para un determinado rango de asuntos. En cualesquiera de esos casos, esas personas asumen una especial prominencia en la resolución de asuntos públicos...” (caso “*Gertz v. Robert Welch, Inc.*”, 418 U.S. 323, resuelto en 1974). Posteriormente, el citado tribunal resolvió que no podía ser considerada como una “personalidad pública” una persona que se había visto involucrada, *en contra de su voluntad*, en un debate de interés público (caso “*Wolston v. Reader’s Digest Association*”, 443 U.S. 157, resuelto en 1979).

¹⁴ Decimos “garantía mínima” porque existen fuertes argumentos a favor de considerar que la sola existencia de normas que reprimen *penalmente* los ataques al derecho al honor son contrarias al artículo 13 CADH y que la protección del citado derecho queda satisfecho mediante acciones civiles y leyes que garanticen el derecho de rectificación o respuesta (conf. Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1994 publicado el 17 de febrero de 1995, Secretaría General OEA sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, especialmente punto V).

falsedad afirmada o divulgada es más garantizadora de libertad de expresión que la doctrina estadounidense, la cual se conforma –a los fines de autorizar la imposición de responsabilidad¹⁵- con la prueba de una notoria despreocupación en la búsqueda de la verdad¹⁶.

En consecuencia, si se considera que la regla de la “real malicia” (u otra similar) es relevante para interpretar el artículo 13 CADH, entonces el CP paraguayo estaría dando mayor protección a la libre expresión que dicha Convención. Tal solución es perfectamente compatible con el sistema creado por esta última, en el cual ella actúa como una suerte de “piso” en materia de derechos, por debajo del cual los países miembros no pueden descender, pero en nada limita a éstos a otorgar mayores derechos a través de su Constitución o leyes. Precisamente, es eso lo que dispone el artículo 27.b CADH, conforme al cual ninguna disposición de aquélla será interpretada en el sentido de “...limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de

¹⁵ Responsabilidad civil, por cierto. En el derecho estadounidense, la aplicación de sanciones *penales* para las afirmaciones que afecten el honor son prácticamente desconocidas. Una rara excepción a este principio se encuentra en el caso, resuelto por la Corte estadounidense en 1964, “*Garrison v. Louisiana*”, 379 U.S. 64.

¹⁶ El concepto empleado por la Corte estadounidense para definir el elemento subjetivo exigido por la Constitución es el de *actual malice*. Eduardo Bertoni explica que “... *Actual malice*, o real malicia, requiere como mínimo *reckless disregard for the truth*, o como se ha traducido en nuestra lengua ‘temeraria despreocupación por la verdad’: para la Corte, aunque este concepto no pueda ser definido acabadamente, lo que resulta claro es que engloba los casos en los que quien hizo la manifestación lo hizo con un alto grado de conocimiento sobre la probabilidad de la falsedad o debió haber tenido serias dudas sobre la verdad de la publicación...” (“*New York Times v. Sullivan y la doctrina de la real malicia*”, transcripto en la obra colectiva “*Libertad de Prensa y Derecho Penal*”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pág. 75). Esta definición sería equiparable al concepto de culpa que surge implícitamente del artículo 18, inc. 1° CP.

acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

El carácter más garantista que, en este caso, posee el CP respecto de la CADH no reduce, empero, la importancia que esta última (y la doctrina de la “real malicia”, que puede ser empleada para interpretarla) tiene para el derecho paraguayo. En efecto, la citada Convención impide al legislador, en el supuesto de una eventual reforma al Código Penal, imponer sanciones penales al autor de informaciones falsas, en temas de interés público que afecten a funcionarios o personalidades públicas, fundados en el mero carácter objetivamente falso de la información o en la culpa leve del informador.

En tal sentido, debe recordarse que la garantía que el artículo 150 CP otorga al autor de una información falsa, puede ser eliminada con una mera reforma legislativa (conf. artículo 202 inc. 2º de la Constitución Nacional). En cambio, la protección otorgada por la CADH solo puede ser suprimida con enmienda constitucional (conf. artículos 142 y 290 de la Constitución), lo cual no es más que la consecuencia natural de la mayor jerarquía que dicha Convención posee respecto del CP en el ordenamiento jurídico del Paraguay.

El delito de difamación

Este delito se encuentra previsto en el artículo 151 CP, el que se encuentra redactado en los siguientes términos:

- “1° El que afirmara o divulgara, a un tercero o ante éste, un hecho referido a otro, capaz de lesionar su honor, será castigado con ciento ochenta días-multa.
- 2° Cuando se realizara el hecho ante una multitud o mediante difusión de publicaciones conforme al artículo 14, inciso 3°, o repetidamente durante un tiempo prolongado, la pena podrá ser aumentada a pena privativa de libertad de hasta un año o multa.
- 3° La afirmación o divulgación no será penada cuando sea dirigida confidencialmente a una persona allegada o cuando, por su forma y contenido, no exceda los límites de una crítica aceptable.
- 4° La afirmación o divulgación no será penada cuando, sopesando los intereses y el deber de averiguación que incumba al autor de acuerdo con las circunstancias, se tratara de un medio proporcional para la defensa de intereses públicos o privados.
- 5° La prueba de la verdad de la afirmación o divulgación será admitida sólo cuando de ella dependa la aplicación de los incisos 3° y 4°.
- 6° En vez de la pena señalada, o conjuntamente con ella, se aplicará lo dispuesto en el artículo 59”.

Es fácil advertir que, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 150, el artículo 151 no parece exigir como requisito típico que la afirmación sea *falsa*. Es decir, según esta norma, una afirmación *verdadera* da

lugar a responsabilidad penal en tanto aquella sea “capaz de lesionar” el honor de un tercero¹⁷.

En consecuencia, el dolo de este delito quedaría satisfecho con que el autor de la información sepa que ella tiene la capacidad de lesionar a otra persona, sin que importe su conocimiento acerca del carácter falso o verdadero de la información¹⁸.

Comparación del delito de difamación con la Convención Americana

A diferencia de lo que ocurre con el delito de calumnia, el artículo 151 CP sí presenta posibles conflictos con la CADH, en tanto se le pretenda otorgar una interpretación “literal”.

Ello se advierte fácilmente si se tiene en cuenta que, en una democracia liberal, *decir la verdad* acerca de determinados temas es esencial para el correcto funcionamiento de aquélla. Tal es, precisamente, la conclusión que implícitamente surge la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense: si, tal como se resolvió en el caso “New York Times v. Sullivan”, las falsedades informativas no deben dar lugar a responsabilidad cuando se trate de temas de interés público a menos que el autor de aquéllas haya actuado con dolo o culpa grave, es obvio que *la afirmación de hechos verdaderos* en tales temas *merece la protección total de la cláusula de la libertad de expresión*. Tal línea argumental aparece claramente en un caso posterior

¹⁷ Conf. Lackner, op. cit., págs.806/809, quien analiza las disposiciones equivalentes del CP alemán.

¹⁸ Conf. Lackner, op. cit., pág. 809.

resuelto por el mencionado tribunal, en el cual se señaló: “... la afirmación de hecho falsa no es constitucionalmente valiosa. Ni la mentira intencional ni el error negligente promueve el interés de la sociedad en un debate desinhibido, robusto y abierto acerca de temas de interés público. Pertenecen a esa categoría de afirmaciones que no son parte esencial de exposición de ideas alguna y son de tan escaso valor social como un paso hacia la verdad que cualquier beneficio que pueda derivarse de ellos queda claramente desplazado por el interés social en el orden y la moralidad...”¹⁹.

De este postulado se desprende que las afirmaciones de hecho *veraces*, en temas de interés público son, por el contrario, constitucionalmente valiosas porque promueven el mencionado debate libre, abierto y robusto que resulta esencial para el funcionamiento de una sociedad democrática.

Así, por ejemplo, la información veraz de que un candidato a presidente es una persona de escasa inteligencia y de rudimentaria preparación intelectual, posee un relevante y legítimo interés para los votantes ya que muchos de ellos, quizás, decidirían no votar por un candidato que presente tales características. Y no parece que ese interés legítimo de la comunidad en tal información quede desplazado por el hecho que aquella, efectivamente, “sea capaz de lesionar el honor” del candidato en cuestión. Este punto fue expresamente mencionado por la Corte estadounidense en el caso “New York Times v. Sullivan”, al transcribir aprobatoriamente el fallo de un tribunal local: “... Es de

¹⁹ Caso “*Gertz v. Robert Welch, Inc.*”, cit. “supra”.

suma importancia que el pueblo discuta el carácter y las calificaciones de los candidatos para las elecciones”.

La importancia para el Estado y para la sociedad de tales discusiones es tan vasta, y las ventajas derivadas son tan grandes, que aquellas hacen más que contrabalancear la inconveniencia de los particulares cuya conducta podría estar involucrada, y el daño ocasional a la reputación de particulares debe ceder ante el bienestar público, aunque a veces tal daño pueda ser grande...”.

Esta es, precisamente, la solución que ha elegido el citado proyecto de la República Argentina para ajustar las disposiciones del Código Civil y Penal de ese país a la CADH, cuyo artículo 1º establece: “... Estará exenta de responsabilidad civil la formulación o difusión de informaciones veraces sobre hechos de interés público referidas a funcionarios, figuras públicas o particulares, cuando estos últimos se hayan involucrado voluntariamente en cuestiones de relevante interés publico...”²⁰.

En consecuencia, si se acepta la relevancia de la doctrina del caso “New York Times v. Sullivan” para la interpretación del artículo 13 CADH (conf. “supra”), es claro que existe un posible punto de conflicto entre dicha norma y el artículo 151 CP, ya que esta última disposición, tal como hemos visto, no considera que la falsedad de la información sea un requisito típico.

²⁰ El proyecto deja subsistente la responsabilidad del emisor de la información veraz cuando el tema no tiene interés público y el afectado es un simple particular. El texto del proyecto se encuentra transcrito en el Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión de 1999.

En contra de esta conclusión, se podría argumentar que el propio artículo 151 prevé una solución a este posible conflicto al autorizar en su inciso 5° la prueba de la verdad de la afirmación. En efecto, al remitirse a los incisos 3° y 4°, el inc. 5° admite la exención de responsabilidad del emisor de una afirmación veraz cuando ella –entre otros supuestos- “no exceda los límites de una crítica aceptable” o “se tratara de un medio proporcional para la defensa de intereses públicos”. Es fácil de advertir que estas causales de exención de responsabilidad penal son esencialmente idénticas al concepto de “interés público” que hemos desarrollado con base en la jurisprudencia estadounidense sobre libertad de expresión.

Sin embargo, se podría objetar que estos posibles argumentos destinados a demostrar la compatibilidad entre el artículo 151 CP y el artículo 13 CADH, no tienen en cuenta un punto esencial: la solución prevista en el inciso 5° de la norma penal, *al poner aparentemente la carga de la prueba de la verdad de la afirmación en cabeza del autor de la información*, no parece ajustarse a las exigencias mínimas que debe tener un sistema que proteja adecuadamente la libertad de expresión.

Ello ya fue claramente advertido por la Corte Suprema estadounidense en el tantas veces mencionado caso “New York Times v. Sullivan”, cuando señaló que el sistema de responsabilidad objetiva impuesto en el caso por la legislación local no quedaba salvado constitucionalmente por el solo hecho de permitir la prueba de la verdad al demandado: “... Una regla que obligue al crítico de la conducta oficial a garantizar la

verdad de todas sus aseveraciones fácticas –y a hacerlo bajo pena de condenas por difamación virtualmente ilimitadas en cuanto a su monto– conduce a una ‘autocensura’... Permitir la defensa de verdad con la prueba de la prueba en el demandado no significa que solamente el discurso falso será prevenido... Bajo tal regla los que serían críticos de la conducta oficial podrían ser prevenidos de formular su crítica aún cuando creyeran que es cierta, y aun cuando fuera de hecho cierta, debido a la duda acerca de si puede ser probada en el tribunal o al miedo a los gastos de tener que hacerlo. Ellas sólo tenderían a hacer declaraciones que ‘se situaran lo más lejos posible de la zona de lo ilegal’... La regla entonces ahoga el vigor y limita la variedad del debate público. Es inconsistente con las Enmiendas I y XIV...”²¹.

Si estos razonamientos son convincentes e idóneos para determinar el alcance del artículo 13 CADH (tal como lo creo), resulta fácil concluir que esta disposición establece los siguientes principios jurídicos: Nadie puede ser condenado penalmente por afirmaciones de hecho ciertas, en temas de interés público, que involucren a funcionarios o personalidades públicas, aunque dichas afirmaciones afecten el honor o la reputación de estos.

²¹ La I Enmienda de la Constitución estadounidense reconoce el derecho a la libre expresión. La Enmienda XIV reconoce a los individuos, frente a los gobiernos locales, algunos de los derechos que aquellos gozan respecto del gobierno federal. La consecuencia lógica de la doctrina transcrita es que le corresponde al que pretende obtener una condena por afirmaciones de hecho contrarias a su honor acreditar, no solo que su autor actuó con dolo o culpa, sino también la *falsedad* de la afirmación. Ello fue señalado expresamente por la Corte estadounidense en el caso “*Philadelphia Newspapers, Inc. v. Hepps*”, 475 U.S. 767, resuelto en 1986.

Es posible, en cambio, condenar al autor de afirmaciones falsas. Sin embargo, la carga de la prueba no le corresponde al autor de la información.

A la luz de estos principios podría afirmarse que el artículo 151 CP, en aquellos supuestos que involucren a funcionarios o personalidades públicas en temas de interés público, sería violatorio del artículo 13 CADH en tanto parece poner la carga de la prueba de la veracidad de la información en cabeza del autor de la misma.

Sin embargo, antes de concluir apresuradamente que existe una tensión inevitable entre ambas normas es necesario, primero, determinar si no es posible realizar una interpretación que las “armonice”. Resulta aquí aplicable el conocido principio interpretativo conforme al cual los tribunales deben interpretar las normas legales –siempre y cuando su texto lo permita- de forma de tal que no colisionen con la Constitución (en el caso, con la CADH)²².

En el caso que nos ocupa no parece que exista una dificultad insalvable en realizar tal interpretación. En efecto, es posible afirmar que, al establecer el artículo 151, inc. 5° CP que la prueba de la verdad “será admitida”, no requiere necesariamente que la carga de la producción de aquélla le corresponda al autor de la información. Así, se podría argumentar que la

²² Esta doctrina ha sido utilizada en numerosas ocasiones por la Corte Suprema estadounidense y el Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana (conf., respectivamente, Tribe, “*American Constitutional Law*”, Volumen I, 3ª. Ed., pág. 327, especialmente nota 21 y Richter- Schuppert, *Casebook Berfassungsrecht*”, 3a. ed., Verlag C.H. Beck, págs. 43/45). Para el empleo de esta pauta interpretativa en la jurisprudencia argentina, ver Bianchi-Gullco, pág. 197, nota 29.

obligación de acreditar la verdad de los hechos le incumbe al tribunal, quien debe realizar de oficio tal actividad procesal²³. De tal forma, de probarse la verdad de la afirmación, no sería punible la conducta de su autor. Y para el supuesto de no acreditarse tal extremo, su responsabilidad dependería de la prueba de que aquél ha actuado con el dolo o culpa grave exigidos por la doctrina del caso “New York Times v. Sullivan”. Por tal razón, la diferencia con el delito de calumnia consistiría en que la prueba de la verdad de la afirmación le incumbe al titular de la acción penal, en cambio, en el caso de la difamación, dicha prueba le corresponde al juez de la causa. En ambos casos, la acreditación de que la afirmación es verdadera tendría como consecuencia, en los supuestos de interés público que afecten a funcionarios o personalidades públicas, la falta de tipicidad de la conducta incriminada²⁴.

En mi opinión, esta solución es la única que evita un conflicto entre la CADH y el CP y la que se ajusta con las obligaciones impuestas a Paraguay en el artículo 1º de la citada Convención, en tanto establece el compromiso de los Estados Partes a adoptar las medidas legislativas “o de otro carácter” para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en dicho

²³ Esta es la solución que ha adoptado la jurisprudencia de la República Federal Alemana al interpretar el párrafo 186 del Código Penal de ese país, que está redactado en términos similares al artículo 151 CP (conf. Lackner, pág. 808).

²⁴ Un sector de la doctrina alemana considera, al interpretar el citado párrafo 186 del CP alemán, que la imposibilidad por parte del juez de probar la verdad o la falsedad de las afirmaciones debe redundar en perjuicio del autor quien es el que debe soportar el “riesgo” de tal imposibilidad de prueba (conf. Lackner, op. cit., pág. 808 y Albin Eser, “*Strafrecht III*”, Verlag C.H.Beck, 1981, pág. 187). Por las razones que he señalado, en el derecho paraguayo –en casos vinculados con cuestiones de interés público- esta solución sería contraria al artículo 13 CADH.

instrumento. Y es, precisamente, la interpretación “armonizante” entre los artículos 13 CADH y 151 CP que se propone en este trabajo, la medida “de otro carácter” a que se refiere el artículo 1º CADH y cuya implementación corresponde al Poder Judicial de Paraguay²⁵.

El delito de injuria

Este delito se encuentra previsto en el artículo 152 CP, el que dice así:

“1º El que:

1. atribuya a otro un hecho capaz de lesionar su honor; o
 2. expresara a otro un juicio de valor negativo o a un tercero respecto de aquél,
- será castigado con pena de hasta noventa días-multa.

2º Cuando la injuria se realizara ante un tercero o repetidamente durante tiempo prolongado, la pena podrá ser aumentada hasta ciento ochenta días-multa.

3º En estos casos, se aplicará lo dispuesto en el artículo 151, incisos 3º al 5º.

4º En vez de la pena señalada o conjuntamente con ella, se aplicará lo dispuesto en el artículo 59”.

²⁵ Tal interpretación “armonizante” evitaría, por otra parte, un posible conflicto entre el artículo 13 CADH y el 23.2. de la Constitución el cual establece, en forma análoga al artículo 151 CP, que la prueba de la verdad *será admitida* “... cuando el proceso fuera promovido por la publicación de censuras a la conducta pública de los funcionarios del Estado, y en los demás casos establecidos expresamente por la ley”.

Respecto del inciso 1º de la norma, son aplicables las consideraciones efectuadas respecto del delito de Difamación (conf. “supra” punto 2.3.) en el sentido de que, conforme a una interpretación “literal” de esta norma, la verdad de la afirmación no sería un elemento del tipo penal. Por la misma razón, el dolo en este ilícito solo alcanzaría el conocimiento, por parte del autor de la información, de que ésta puede afectar el honor del tercero.

Por el contrario, el inciso 2º se refiere a “juicios de valor” que, tal como se ha visto, no son susceptibles de prueba en un proceso. En consecuencia, la determinación de si una conducta es o no típica dependerá, en este supuesto, de si el juicio de valor traspasa o no los límites “... más allá de los cuales se está en presencia del injustificado y gratuito insulto...”²⁶.

La compatibilidad del delito de injuria con el artículo 13 CADH

En lo que concierne al inciso 1º, resulta también aquí relevante el examen efectuado respecto del delito de difamación. De tal forma, también en este punto será necesario apartarse de una inteligencia “literal” de esta disposición y efectuar, en consecuencia, la misma interpretación “armonizante” de dicha norma para evitar que ella entre en colisión con el artículo 13 CADH.

²⁶ Bianchi y Gullco, pág. 244.

El inciso 2º plantea, en cambio, problemas novedosos. Ello es así porque, en tanto es perfectamente posible afirmar que una afirmación de hecho es “falsa”, el concepto mismo de la libertad de expresión parece incompatible con aceptar que un juez pueda declarar, en un proceso judicial, la “falsedad” de un juicio de valor. Esta posición fue bien explicada por la Corte estadounidense en el citado caso “Gertz”: “... Bajo la Primera Enmienda, no existen ideas falsas. Por más perniciosa que pueda parecer una opinión, para su corrección no dependemos de la conciencia de los jueces o los jurados sino en la competencia con otras ideas...”. En forma similar, ha expresado el Tribunal Constitucional alemán que la protección constitucional de la expresión de una opinión no depende de que ella sea “... racional o emocional, fundada o carente de base o que ella sea considerada por los demás útil o dañina, valiosa o carente de valor...”²⁷.

En consecuencia, tal como lo señaló el citado tribunal en el mismo caso, la determinación de si un juicio de valor se encuentra constitucionalmente protegido dependerá si él está dirigido a promover la discusión de un tema de interés público, aún cuando él pueda afectar a un tercero. En cambio, cuando la opinión tiene como objetivo primordial difamar y escarnecer a otra persona, el tribunal señaló que una sanción penal en tales supuestos no es violatoria del derecho a la libre expresión.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos también proporciona pautas útiles para

²⁷ Sentencia del 10 de octubre de 1995, BverfGE 93, 266.

determinar en qué supuestos un juicio de valor crítico merece protección constitucional.

El caso más relevante en este sentido es el ya mencionado caso “Lingens”²⁸. En esa oportunidad, un periodista austriaco había sido condenado penalmente por los tribunales de su país por el delito de injuria²⁹ por haber utilizado, en dos publicaciones periodísticas, las expresiones “peor oportunismo”, “el oportunismo más odioso”, “inmoral” e “indigno” respecto del entonces primer ministro austriaco, Bruno Kreisky.

Llevado el caso ante el Tribunal Europeo, este concluyó que la condena aplicada por los tribunales nacionales era incompatible con el derecho a la libre expresión, reconocido en el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Así, luego de expresar la importancia fundamental que dicha libertad tenía para el funcionamiento del sistema democrático de gobierno³⁰, fundó su decisión de la siguiente forma “... la libertad de las controversias políticas pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática que inspira el Convenio. Por consiguiente, los límites de la crítica permitida son más amplios en relación a un político considerado como tal que cuando se trata de un mero particular: el primero, a diferencia del segundo, se expone, inevitable y

²⁸ Conf. “supra” nota 5.

²⁹ El delito se encuentra previsto en el artículo 111 del Código Penal austriaco y está redactado en la siguiente forma: “1. Se castigará con la pena de privación de libertad de seis meses como máximo o con la pena de multa al que, de manera que pueda ser conocida por tercera persona, acuse a otra de una característica, actitud o conducta opuesta al honor y a las buenas costumbres y de naturaleza que la haga despreciable y desmerecedora en el concepto público...” (transcripto en el considerando 20 del caso “Lingens”).

³⁰ Párrafo ya transcripto “supra” en el punto 2.2.

deliberadamente, a una fiscalización atenta de sus actos y gestos, tanto por los periodistas como por la multitud de ciudadanos, y por ello tiene que mostrarse más tolerante. Ciertamente, el artículo 10.2 permite proteger la fama ajena, es decir, la de todos. El político disfruta también de esa protección, incluso cuando no actúa en el marco de su vida privada, pero en este caso las exigencias de esta protección deben equilibrarse con los intereses de la libre discusión de las cuestiones políticas...” (consid. 42). La aplicación de esta doctrina llevó al tribunal a concluir que, a pesar de que las expresiones utilizadas por el periodista eran capaces “... de perjudicar al buen nombre del señor Kreisky...” (consid. 43), ellas “... tenían... como fondo una discusión política posterior a las elecciones, y como lo comprobó el Tribunal regional de Viena... en esta lucha se utilizaban las armas de que se disponía, las cuales no eran raras en los duros combates de la vida política...” (consid. cit).

Es claro que la doctrina citada es muy importante para interpretar correctamente el alcance del artículo 152 CP si, tal como se ha visto “supra”, la propia la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha utilizado las doctrinas elaboradas por su equivalente europea para interpretar las disposiciones de la CADH³¹.

Resultan aquí aplicables las consideraciones del profesor Guillermo Moncayo al referirse a la situación

³¹ Conf. caso “La Colegiación Obligatoria de Periodistas” “supra” nota 9. Para un ejemplo más reciente del empleo por parte de la Corte Interamericana de la jurisprudencia del Tribunal Europeo para interpretar las disposiciones de la CADH, ver caso “Suárez Rosero”, sentencia del 12/11/97, consid. 72.

en el derecho argentino: “... Podría decirse que así como los tribunales inferiores de la Nación se hallan obligados moralmente a seguir los criterios interpretativos de la Corte Suprema... particularmente en materia constitucional, y también lo están por la necesidad institucional de respeto y acatamiento de sus decisiones... los Tribunales de la Nación deberían procurar ajustar la interpretación de las normas de derechos humanos a los criterios de la Corte Interamericana o de las jurisdicciones internacionales competentes. Por supuesto, no media delegación o transferencia de funciones judiciales, ni siquiera un vínculo de acatamiento obligatorio, pero sí un voluntario reconocimiento del carácter de intérprete auténtico de las normas internacionales que nuestra Corte ha reconocido explícitamente en la Corte Interamericana. Con sentido extensivo, creemos que la interpretación que haga la Corte Europea de Derechos Humanos del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales... y de sus Protocolos Adicionales, que tengan un contenido similar a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, podrían también servir de guía interpretativa a nuestros tribunales...”³².

En consecuencia, también respecto del artículo 152 CP es necesario efectuar una inteligencia que lo haga “armonizar” con los límites que el artículo 13 CADH pone a la potestad de los Estados nacionales de castigar los ataques contra el honor de las personas. Ello lleva a

³² (“Criterios para la aplicación de las normas internacionales que resguardan los derechos humanos en el derecho argentino”, en “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales”, CELS, 1997).

concluir que sería incompatible con dicha cláusula convencional cualquier condena penal aplicada en razón de un juicio de valor dirigido a un funcionario o personalidad pública que, a pesar de contener críticas duras y ásperas contra aquellos, está dirigido principalmente a discutir cuestiones de relevante interés público, como las que estaban involucradas en el caso “Lingens”³³.

Conclusión

Las consideraciones realizadas en los puntos anteriores me llevan a formular las siguientes conclusiones tentativas:

- a) El derecho a la libre expresión, reconocido en el artículo 13 CADH, impide condenar penalmente a una persona por haber realizado o difundido afirmaciones de hecho verdaderas, en temas de interés público, que afecten el honor de funcionarios o personalidades públicas.
- b) Tampoco corresponde condenar al autor de afirmaciones de hecho falsas, en temas de interés público que afecten a funcionarios o personalidades públicas, a menos que el titular de la acción penal acredite³⁴ en el juicio que dicha información es falsa y que el informador conocía dicha falsedad o que, al

³³ En el caso, el periodista había criticado la actitud de la mayoría de sus compatriotas de negar la complicidad de muchos austriacos con los crímenes nazis y la supuesta simpatía que Kreisky había mostrado respecto de políticos de tendencia neonazi al pretender, aparentemente, formar un gobierno de coalición con estos últimos.

³⁴ O el juez. Ver punto siguiente.

menos, actuó con notoria despreocupación acerca de tal circunstancia. El artículo 150 CP se ajusta sobradamente a dicha exigencia en tanto exige que el autor haya afirmado o divulgado la falsedad “a sabiendas” de tal característica.

- c) A la luz de lo dicho en los puntos anteriores, es posible realizar una inteligencia del artículo 151 CP que sea compatible con el artículo 13 CADH. En consecuencia, esta norma debe ser interpretada en el sentido de que es al juez de la causa al que le corresponde acreditar la verdad o falsedad de las afirmaciones y, en caso de que la indagación del magistrado no dé resultados positivos a favor de una u otra alternativa, éste debe absolver al imputado. Para el supuesto en que se comprobase asertivamente que la información es falsa, la legitimidad de la condena penal dependerá de la existencia del elemento subjetivo señalado en el punto anterior.
- d) El delito de injuria (artículo 152 CP), en tanto penaliza los juicios de valor que afectan el honor de terceros, tampoco parece presentar conflictos insalvables con la CADH en tanto también se realice una interpretación “armónica” entre ambos cuerpos normativos. Ello supone aceptar, al igual que lo ocurre con los tipos penales mencionados en los puntos anteriores, que el honor de los funcionarios o personalidades públicas merece menor protección que el de los simples particulares. Ello significa que deben considerarse amparados por el artículo 13 CADH aquellos juicios de valor que, a pesar de

afectar el honor de aquellos, están dirigidos a discutir cuestiones de relevante interés público³⁵.

³⁵ Al elaborar los principios reseñados, he tomado como hipótesis que las afirmaciones de hecho y los juicios de valor son *proprios* de su emisor. No he tratado, en cambio, la cuestión de si aquél, que se limita a *difundir* los dichos de un tercero (citando expresamente la fuente de aquellos), merece una protección especial bajo el artículo 13 CADH. Esta cuestión fue respondida afirmativamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, respecto del artículo 10 de la Convención Europea, en el caso “*Jersild*” (resuelto en 1994) y por la Corte Suprema de la República Argentina, al interpretar la cláusula constitucional de ese país que tutela la libertad de expresión (conf. Bianchi-Gullco, capítulo 4º). La determinación de si esa solución es conveniente y aplicable en el ordenamiento jurídico paraguayo es lo suficientemente compleja para merecer un tratamiento que excede el limitado ámbito de este artículo.

3. Términos y conceptos legales sobre libertad de expresión

*Miguel H. López**

El derecho a la libertad de expresión. Consideraciones generales

La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones¹, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas y que constituye, por su naturaleza intrínseca y en atención el bien jurídico que protege, un requisito indispensable

* Licenciado en Ciencias de la Comunicación por la Universidad Nacional de Asunción. Periodista, docente universitario y dirigente social. Realizó estudios de Ciencias Políticas, Leyes, Historia y Antropología. Ha participado en especializaciones en Argentina, Brasil, Uruguay, Bolivia, Chile, EE.UU. y Cuba. Premio Nacional de Periodismo 1999. Exbecario de la Organización de Estados Americanos (OEA), Social Science Research Council, Prolides, MERCOSUR y el IIDH.

¹ “...La libertad de expresión no es un derecho limitado a los comunicadores sociales o a aquellas personas que ejercen este derecho a través de los medios de comunicación. El derecho a la libertad de expresión abarca las expresiones artísticas, culturales, sociales, religiosas, políticas o de cualquier otra índole.” Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, acápite “B interpretación” párrafo 8. Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo II. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000.

para la existencia misma de una sociedad democrática². Asimismo, constituye un vehículo de gran importancia para el desarrollo del conocimiento y de la profundización de las demás libertades públicas y privadas en un Estado de Derecho³. En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que *“la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es, 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”*⁴. La libertad de expresión es, por lo tanto, un derecho no solo de los individuos, sino de la sociedad misma.

Por otro lado, el derecho a la libertad de expresión debe ser entendido de manera amplia, esto es, no puede limitarse simplemente a la posibilidad de libre circulación de ideas y expresiones mediante la difusión por cualquier medio de estas, sino que también encierra

² En este sentido, *Ibíd*em, acápite “principios”, párrafo 1. También, Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Colegiación Obligatoria de Periodistas, Opinión Consultiva OC-5/85 Serie A No. 5 párrafo 69.

³ *Ibíd*em, acápite “B principios” párrafo 7, *“el respeto y protección de la Libertad de Expresión adquiere una función primordial, ya que sin ella es imposible que se desarrollen todos los elementos para el fortalecimiento democrático y el respeto a los derechos humanos. El derecho y respeto a la libertad de expresión se erige como un instrumento que permite el intercambio libre de ideas y funciona como un fortalecedor de los procesos democráticos, a la vez que otorga a la ciudadanía una herramienta básica de participación. Asimismo... la ciudadanía adquiere el poder de participar y/o controlar el desempeño de las acciones de los funcionarios públicos”*.

⁴ Véase Corte IDH, la Colegiación Obligatoria de Periodistas, párrafo 70. También Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y Otros), Sentencia de 5 de febrero de 2001, párrafo 68.

los niveles de búsqueda, recepción y procesamiento de información, acceso sin barreras ni censura a la opinión de otros por cualquier medio, y de que se conozcan las opiniones propias de igual manera⁵.

Si bien la libertad de expresión es esencial para toda forma democrática de gobierno, no constituye un derecho absoluto. Así, el artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos define las restricciones permisibles a la libertad de expresión, mismas que han sido interpretadas por la Corte Interamericana en el sentido de que deben ser compatibles con las necesidades legítimas de las sociedades e instituciones democráticas⁶. Por lo tanto, se ha prohibido tajantemente la censura previa en el sistema interamericano⁷ y se ha reconocido únicamente la posibilidad de exigir las responsabilidades ulteriores derivadas de su uso abusivo, “mismas que deberán estar fijadas por la ley donde los fines que se persigan sean legítimos, y los fundamentos para establecer la responsabilidad sean necesarios para asegurar el fin que se procura⁸”.

⁵ Véase Corte IDH, la Colegiación Obligatoria de Periodistas, párrafo 30, 31, 32, 33. Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo”, párrafos 64, 65, 66 y 67. Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein, Sentencia de 6 de febrero de 2001, párrafos 146, 147, 148 y 149.

⁶ Véase Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas, párrafo 42.

⁷ Véase, Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo” párrafo 71 y CIDH, informe No. 11/96 “Martorell”, Caso 11.230 Chile, párrafos 55 y 56. Asimismo en Corte IDH, la Colegiación Obligatoria de Periodistas, párrafos 38 y 39. También en Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, acápite “principios” párrafo 5 y acápite “B Interpretación” párrafo 21.

⁸ Véase Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, acápite “B interpretación”, párrafos 22 y 23. También en CIDH, informe No. 11/96 “Martorell”, párrafos 55 y 58. Así como en Corte IDH, la Colegiación Obligatoria de Periodistas, párrafos 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42 y 47.

No obstante, la realidad del quehacer diario refleja la confrontación permanente entre la realización plena de este derecho y el ejercicio del poder público, generándose tensión con los intereses de grupos políticos, sociales y económicos –monopolios y oligopolios en la información- de variado origen, ya sea que estén insertos o no en la estructura gubernamental⁹. En varias oportunidades han intentado, y a veces logrado, coartar este derecho de manera total o parcial, ya sea de manera clara y, en ocasiones, hasta violenta, como mediante acciones veladas o sutiles¹⁰.

Históricamente en países como los latinoamericanos, la libertad de expresión ha sido uno de los derechos más exaltados y menos respetados, a pesar de la existencia de normativas internas y externas, que la protegen ampliamente, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales incorporados¹¹ a los sistemas jurídicos internos¹².

En este sentido, Paraguay no ha sido la excepción. Existen disposiciones de garantías a este derecho que conviven con sistemáticos y asistemáticos ataques a la

⁹ Ver artículo 13.3 de la CADH. Véase también Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, acápite “principios” párrafos 12 y 13 y acápite “ B interpretación” párrafos 53 a 58. También, Corte IDH, la Colegiación Obligatoria de Periodistas, párrafo 48. Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo” párrafo 72 y Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein, párr. 158 a 163.

¹⁰ Véase, Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión, Capítulo IV, párrafos 6 y 7. Informe Anual de la CIDH, 2000. También Corte IDH, la Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 33.

¹¹ En este sentido, ver el Capítulo II del Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión de 1999; el capítulo III del mismo informe, pero de 1998 y el capítulo IV del correspondiente al 2000. Todos ellos en los Informes Anuales de la CIDH 1999, 1998 y 2000, respectivamente.

¹² Artículos 1 y 2 de la CADH.

libertad de expresión en todas sus formas, desde las fácticas hasta las jurídicas. Los organismos públicos, los poderes económicos, las mafias y los medios de comunicación, desde sus orientaciones doctrinarias, ideológicas o empresariales, atentan contra ese derecho¹³.

Es importante recordar que la Corte Interamericana ha señalado que “la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esa obligación, sino que conlleva la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”¹⁴.

Este estudio tiene por objeto referirse a la libertad de expresión desde términos, conceptos y criterios legales utilizados en instrumentos, jurisprudencia interamericana, así como leyes internas que configuran garantías o lesiones a este derecho. De esta forma, su fin no es establecer un tratado jurídico, sino facilitar una aproximación teórica a la materia que sirva como base para una primera comprensión y una posterior articulación de líneas de ejercicio y aprendizaje, a partir de un programa de formación.

¹³ En tal sentido, véase el Informe Especial de Paraguay, 2001, de la CIDH, Capítulo 6, párrafos 15, 53, 56, 58, 59, 61, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74 y 75.

¹⁴ Véase Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 167 y 168.

Derecho a la libertad de expresión: una aproximación general desde la normativa del derecho positivo en el sistema interamericano

La Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra, en su artículo 13, el derecho a la libertad de expresión, donde se establece que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión, que puede ser ejercida por todos los medios y no puede ser objeto de censura, sino de responsabilidades ulteriores establecidas expresamente por la ley y cuyo fin sea asegurar el respeto a los derechos y a la reputación de los demás o a la protección de la seguridad nacional, el orden público y la moral o la salud públicas. Se impide la restricción a este derecho por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares; se prohíbe toda propaganda en favor de la guerra y toda apología al odio y se establece como único caso de excepción a la interdicción de la censura previa lo referente a los espectáculos públicos para la protección moral de la infancia y la adolescencia¹⁵.

De igual manera, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo 4, dispone que “Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio”.

Asimismo, la Convención Americana, en su artículo 14, establece el derecho de rectificación o respuesta, señalando que toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través

¹⁵ Véase artículo 13 de la CADH.

de los medios de difusión tiene derecho a la rectificación de la información en las condiciones que establezca la ley¹⁶.

De igual forma, la Convención, en su artículo 11, complementa la serie de derechos vinculados con la libertad de expresión al regular el derecho a la honra y a la dignidad, indicando que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, ni de ataques ilegales a su honra o reputación¹⁷.

Por su parte, el artículo 1.1 de la mencionada Convención señala que los Estados se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ésta –entre los que se encuentra el derecho a la libertad de expresión- y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. En este sentido, el Estado tiene dos obligaciones derivadas de la Convención, una de respetar y otra de garantizar los derechos y libertades consagrados por ella.

Estas obligaciones de los Estados Parte derivadas de la Convención Americana han merecido señalamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, con respecto a la obligación de “respetar”, el alto Tribunal hemisférico ha indicado que “en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos (consagrados en la Convención), se está ante un deber de inobservancia del deber de respeto. El Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos, aún si actúan fuera de

¹⁶ Véase artículo 14 de la CADH.

¹⁷ Véase artículo 11 de la CADH.

los límites de su competencia o en violación del derecho interno”¹⁸.

Ahora bien, en relación con la obligación de “garantizar”, la Corte Interamericana dispuso que “*es deber de los Estados (...) garantizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación a los derechos reconocidos en la Convención y procurar, además, el reestablecimiento, si es posible, del derecho transgredido y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos*”¹⁹.

Por su lado, el artículo 2 de la Convención cierra el círculo de las obligaciones contraídas por los Estados que la suscribieron, al establecer que estos tienen la obligación de adoptar las “disposiciones legislativas o de otro carácter” necesarias, si no existieran, para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en dicho instrumento.

La Corte Interamericana también ha interpretado este otro tramo de las obligaciones convencionales derivadas a los Estados Parte de la Convención, imprimiéndoles un alcance mayor al indicar que “la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un

¹⁸ Véase Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, Párr. 170.

¹⁹ *Ibidem*, párr. 166.

orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”²⁰.

Caracteres y dimensiones de la libertad de expresión

La libertad de expresión posee varias manifestaciones y formas que no se limitan a la labor de los comunicadores sociales o personas que ejercen este derecho a través de los medios de comunicación. Abarca las expresiones artísticas, culturales, sociales, religiosas, políticas o de cualquier otra índole²¹, su contenido es muy amplio y variado, comprendiendo no solo la libertad de expresar, sino también de buscar, recibir y difundir informaciones o ideas de toda índole²².

De esta forma, la libertad de expresión implica no solo el derecho y la libertad de expresar el propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tal motivo, al producirse una restricción ilegal a la libertad de expresión de una persona, no solamente se está vulnerando ese derecho individual, sino que también se transgrede el derecho de toda la sociedad de recibir informaciones e ideas. Así, se puede afirmar que el derecho a la libertad de expresión tiene

²⁰ *Ibidem*, párr. 167 y 168.

²¹ Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, acápite “B interpretación”, Principio 1, párrafo 8.

²² Ver artículo 13 de la CADH.

un alcance y carácter especiales, porque se caracteriza por una doble dimensión: la que implica que nadie sea menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento, que se traduce en un derecho de cada individuo, y la otra, que encierra un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno²³.

En la dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende, de manera inseparable, el derecho a usar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Por ello, cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas “por cualquier (...) procedimiento”, está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa, directamente y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. De allí la importancia del régimen legal aplicable a la prensa y al status de quienes se dediquen profesionalmente a ella²⁴.

En cuanto a la dimensión colectiva, la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los

²³ Véase Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 30. También en este sentido, Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo”, párr. 64 y Caso Ivcher Bronstein, párr. 146. CIDH, Informe 11/96 Caso 11.230 Chile (Martorell) párr. 53.

²⁴ Véase en Corte IDH, los casos: la Colegiación Obligatoria de Periodistas, “La Última Tentación de Cristo”, párr. 65 y caso Ivcher Bronstein, párr. 147.

seres humanos; comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista y comprende también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Por tal motivo, para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros, como el derecho a difundir la propia²⁵.

Desde luego, las dos dimensiones antes mencionadas de la libertad de expresión deben ser garantizadas simultáneamente. Así, no sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa, supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se construyan monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista²⁶.

En ese sentido, la Corte Interamericana ha considerado que, al ser los medios de comunicación social los vehículos que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, éstos deberán adecuar su funcionamiento a los requerimientos de esa libertad. Por tal motivo, dicho Tribunal ha establecido que los medios de comunicación deberán estar virtualmente abiertos a todos sin discriminación, esto

²⁵ Véase Corte IDH, la Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 32, Caso “La Última Tentación de Cristo”, párr. 66 y Caso Ivcher Bronstein, párr. 148.

²⁶ Véase Corte IDH, la Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 33, Caso “La Última Tentación de Cristo”, párr. 67 y Caso Ivcher Bronstein, párr. 149.

es, que no haya individuos o grupos que, *a priori*, estén excluidos del acceso a tales medios, además de la necesaria existencia de una pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto a ellos y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas²⁷.

Derecho de acceso a la información pública

Muy vinculado con el carácter del derecho a la libertad de expresión de *buscar y difundir* información de cualquier orden, se encuentra el derecho de acceso a la información pública, que consiste en la facultad que tienen las personas de requerir documentación e información registrada en archivos públicos o procesada por el Estado, es decir, documentación considerada de una fuente pública o documentación oficial del Estado²⁸. De aquí se colige claramente que este derecho se complementa de forma muy estrecha con el principio de publicidad y transparencia de los actos de gobierno²⁹.

Efectivamente, el derecho de acceso a la información en poder del Estado es uno de los fundamentos de la democracia representativa. Así, en un sistema representativo, los funcionarios públicos son responsables ante la ciudadanía que confió en ellos su representación política y la facultad de decidir sobre los

²⁷ Véase Corte IDH, la Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 34.

²⁸ Véase Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo II, inciso B párr. 17 *in fine*, en Informe Anual de la CIDH, 2000.

²⁹ Véase Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo II, inciso B párr. 18 en Informe Anual de la CIDH, 2000.

asuntos públicos. Además, hay que tomar en cuenta que la información que el Estado utiliza y produce se logra con fondos provenientes de los impuestos que pagan los ciudadanos³⁰.

De tal forma que, contar con procedimientos que garanticen el acceso a la información en poder del Estado, no solo contribuye al ejercicio pleno de la libertad de expresión en su carácter de *buscar y difundir* información, sino que coadyuva al control de la gestión estatal y es una herramienta importante para el combate a la corrupción. En este sentido, el acceso a la información en poder del Estado, además de ser necesario para el disfrute pleno de la libertad de expresión, contribuye a incrementar la transparencia en la gestión del gobierno³¹.

Por ello, es notoria la necesidad de establecer claramente el principio de publicidad de los actos administrativos y crear procedimientos rápidos y eficaces para que este sea ejercido efectivamente. Para tal fin, deben eliminarse las trabas administrativas que dificultan la obtención de información, así como implementar sistemas de solicitud de información con fácil acceso, simples y de bajo costo para el solicitante³².

³⁰ Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión, Capítulo II, punto 3. En Informe Anual de la CIDH, 1999. En el mismo sentido, véase Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión, Capítulo II, inciso B párr. 17 en Informe Anual de la CIDH, 2000.

³¹ Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión, Capítulo II punto 3. En Informe Anual de la CIDH, 1999. En el mismo sentido véase Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo II, inciso B párr. 19 en Informe Anual de la CIDH, 2000.

³² Informe Especial sobre la Situación en Paraguay, Capítulo VI “El Derecho a la Libertad de Expresión”, párr. 34, CIDH.

Es importante destacar que, a pesar que el derecho de acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos, su ejercicio no es absoluto. Así, el artículo 13.2 de la Convención Americana prevé ciertas limitaciones, mismas que deberán estar claramente establecidas en la ley y serán aplicables solo en el caso de que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas, en cuyo caso el Estado deberá asegurar que, cuando existe una situación de emergencia nacional, la negación de la información en poder del Estado será impuesta solo por el período estrictamente necesario y modificado una vez concluida la situación de emergencia³³.

Por lo tanto, se considera que todo acto restrictivo de acceso a la información en poder del Estado debe ser resuelto sobre la base de cada caso petitionado³⁴.

En el ordenamiento jurídico paraguayo, el artículo 28 de la Constitución tiende a salvaguardar este derecho. Sin embargo, la vigencia de la Ley 1.728, denominada de “Transparencia Administrativa” que reglamenta el artículo constitucional mencionado, en lugar de facilitar el ejercicio de este derecho impone trabas al acceso a informaciones de fuente pública. Asimismo, la Ley 1.626 sobre la “Función Pública”, también en vigor, dispone en su artículo 72 que se

³³ Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión, Capítulo II punto 3. En Informe Anual de la CIDH, 1999. También ver el Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo II, inciso B párr. 20 en Informe Anual de la CIDH, 2000. Ver al respecto el artículo 27 de la CADH que contempla las obligaciones de los Estados bajo situaciones de emergencia.

³⁴ Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo II, inciso B párr. 20 en Informe Anual de la CIDH, 2000.

sancionará a cualquier funcionario que provea información a la prensa, con cargo de multa, sin diferenciar personas públicas o privadas. Estas leyes no solo acotan el derecho previsto en el artículo 28, sino que están en clara contraposición con el artículo 13 de la Convención y, en consecuencia, constituyen fuente de responsabilidad internacional del Estado paraguayo en virtud de las obligaciones contraídas a través de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Hábeas data

La acción de *hábeas data* es concebida como aquella que establece el derecho de toda persona de 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 caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla³⁵. Esta acción se erige sobre la base de tres premisas:

El derecho de cada persona de no ser perturbado en su privacidad.

El derecho de toda persona de acceder a información sobre sí misma en bases de datos públicas y privadas para modificar, anular o rectificar información sobre su persona o sus bienes por tratarse de datos sensibles, falsos, tendenciosos o discriminatorios.

El derecho de las personas a utilizar la acción de *hábeas data* como mecanismo de fiscalización³⁶.

³⁵ Informe Especial sobre la Situación en Paraguay, Capítulo VI “El Derecho a la Libertad de Expresión”, párr. 21, CIDH.

³⁶ Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo II, inciso B párr. 12, en Informe Anual de la CIDH, 2000.

La acción de *hábeas data* adquiere una importancia mayor con el avance de nuevas tecnologías como el uso de la informática y el Internet, pues tanto el Estado como el sector privado tienen a su disposición en forma rápida una gran cantidad de información sobre las personas. De allí que sea necesario garantizar la existencia de canales concretos de acceso efectivo a la información para modificar información incorrecta o desactualizada contenida en las bases de datos electrónicas³⁷.

Asimismo, el *hábeas data* impone ciertas obligaciones a las entidades que procesan información, como usar los datos para los objetivos específicos y explícitos establecidos, y garantizar la seguridad de los datos contra el acceso accidental, no autorizado o la manipulación. De esta manera, en el caso de que antes del Estado o del sector privado hubieran obtenido datos de forma irregular o ilegal, el peticionario de la acción deberá tener acceso a dicha información, inclusive cuando esta sea de carácter clasificada³⁸.

Para que la acción de *hábeas data* sea ejercida con eficacia, es necesario, por un lado, eliminar las trabas administrativas que obstaculizan la obtención de la información, bastando la mera existencia de datos personales en registros públicos o privados como razón suficiente para su ejercicio y, por otro, implementar sistemas de solicitud de información de fácil acceso, simples y de bajo costo para el solicitante. Además, es necesario que se mantengan en reserva las causas por las cuales se requiere la información³⁹.

³⁷ *Ibíd.*, Párr. 13.

³⁸ *Ibíd.*, *In fine*.

³⁹ *Ibíd.*, párrs. 15 y 16.

La Constitución paraguaya establece esta acción en su artículo 135, habilitando a “toda persona a acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sus bienes obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad. Podrá solicitar ante magistrado competente o solicitar la actualización, la rectificación o la destrucción de los datos obrantes sobre el(la) afectado(a) en registros oficiales o privados de aquellos si fuesen erróneos o afectaran ilegítimamente sus derechos”. El artículo 136, expresamente, establece la obligación de los magistrados judiciales de dar curso a tal acción, misma que se ejecuta de acuerdo con el procedimiento ordinario previsto en el Código Procesal Civil, encontrándose la acción exonerada del pago de tasas judiciales, así, se cumple con el principio de la gratuidad en el ejercicio de esta acción.

Es importante mencionar que Paraguay es uno de los pocos países del hemisferio que cuenta con una acabada legislación referente a la acción de *hábeas data*⁴⁰.

Restricciones a la libertad de expresión

La Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce ciertas restricciones a la libertad de pensamiento y expresión⁴¹, principalmente para proteger a la comunidad de ciertas manifestaciones

⁴⁰ Informe Especial sobre la Situación en Paraguay, Capítulo VI “El Derecho a la Libertad de Expresión”, párr. 26. CIDH.

⁴¹ El artículo 13, párrafo 2, incisos a) y b) de la CADH establece que estas restricciones tienen como fin el respeto a los derechos o la reputación de los demás y la protección de la seguridad nacional, el orden público y la salud o la moral pública.

ofensivas y para prevenir el ejercicio abusivo de este derecho⁴², señalando que tales restricciones serán legítimas siempre que se inserten dentro de los requerimientos, parámetros y condiciones del artículo 13.2.

De esta manera, es importante tener en cuenta que las restricciones permitidas en el artículo 13.2 deben establecerse con arreglo a ciertos requisitos de forma que atañen a los medios por cuyo conducto se manifiestan y, también, a requisitos de fondo, representados por la legitimidad de los fines que con tales restricciones pretendan alcanzarse⁴³.

Del mismo modo, el citado artículo 13.2 de la Convención define a través de cuáles medios pueden establecerse legítimamente restricciones a la libertad de expresión, estipulando claramente que la censura previa es siempre incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados en dicha norma, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4 referentes a espectáculos públicos, incluso si se tratase supuestamente de prevenir por ese medio un eventual abuso a la libertad de expresión. Es decir, toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de este derecho garantizado por la Convención⁴⁴. Tal interdicción es tan amplia que el uso abusivo de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo, sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido⁴⁵.

⁴² Véase CIDH. Informe No. 11/96-Caso 11.230 Chile (Martorell), párr. 55.

⁴³ En ese sentido, véase Corte IDH, la Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 37, y artículos 13 y 19 CADH.

⁴⁴ *Ibidem*, párr. 38, y Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo”, párr. 71.

⁴⁵ *Ibidem*.

Este *fundamento de responsabilidad* en el uso abusivo de la libertad de expresión es lo que se conoce como “la responsabilidad ulterior”, que es el medio de restricción que la Convención Americana considera legítimo. Sin embargo, y como ya se mencionó en el segundo párrafo de este apartado, para que tal responsabilidad ulterior pueda establecerse válidamente según la Convención, es necesario que se reúnan varios requisitos:

- a) La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas.
- b) La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley.
- c) La legitimidad de los fines perseguidos para establecerlas.
- d) Que esas causales de responsabilidad sean “necesarias para asegurar” los mencionados fines⁴⁶.

Por lo tanto, siempre se debe considerar, en cada caso, si se han respetado o no los términos del mencionado artículo 13.2 para determinar la legitimidad de la restricción y, en consecuencia, establecer si ha habido una violación de la Convención⁴⁷ en lo que respecta a la libertad de expresión.

Censura previa y responsabilidad ulterior

En estrechísima relación con el apartado anterior se encuentra el tema de la “censura previa” y la

⁴⁶ Véase Corte IDH, la Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 39.

⁴⁷ *Ibidem*, párr. 36.

“responsabilidad ulterior”. Efectivamente, tal y como se mencionó, la Convención Americana permite la imposición de restricciones al derecho de libertad de expresión con el fin de proteger a la comunidad de ciertas manifestaciones ofensivas y para prevenir el uso abusivo de este derecho.

El artículo 13 autoriza algunas restricciones al ejercicio de este derecho, y estipula los límites permisibles y los requisitos necesarios para poner en práctica estas restricciones a la libertad de expresión. El principio estipulado en este artículo es claro en el sentido de que la *censura previa*, sea por parte del Estado mediante medidas directas o indirectas, o por medio de “controles privados”⁴⁸, es incompatible con el pleno goce de los derechos protegidos por el mismo. La excepción está contenida en el párrafo cuarto, que permite la censura de los “espectáculos públicos” para la protección de la moral de los menores.

La única restricción autorizada por el artículo 13 es la imposición de *responsabilidad ulterior*, la cual deberá estar previamente establecida por la ley y solo podrá imponerse en la medida necesaria para proteger el respeto de los derechos o la reputación de los demás, la seguridad nacional, el orden público y la salud o la moral públicas⁴⁹, que son considerados por la Convención como “fines legítimos” que permiten tal restricción.

⁴⁸ Véase Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 48.

⁴⁹ Véase CIDH, Informe 11/96, caso Martorell vs. Chile, párr. 55. También véase, en este sentido, Corte IDH, “La Última Tentación de Cristo”, párr. 71.

En conclusión, la interdicción de la censura previa, con la excepción que prevé el párrafo 4 del artículo 13 es absoluta⁵⁰, mientras que el mismo artículo 13 determina que cualquier restricción que se imponga a los derechos y las garantías contenidos en él deberá efectuarse mediante la imposición de responsabilidad ulterior, pues, como lo señala la misma disposición, quien ha ejercido ese derecho de manera abusiva, debe afrontar las consecuencias ulteriores que le incumban⁵¹.

En la República de Paraguay, si bien es cierto que la Constitución Nacional contiene leyes y prácticas que garantizan la libertad de expresión⁵², existen aún leyes y prácticas que limitan el ejercicio pleno de este derecho⁵³, constituyéndose tales leyes y prácticas en medios directos o indirectos, públicos o privados, de censura previa⁵⁴.

Las leyes de difamación, injuria, calumnia y desacato

Según la legislación de Paraguay, la *calumnia* es una acusación falsa que ejecuta con malicia una persona

⁵⁰ Véase CIDH, Informe 11/96, caso Martorell vs. Chile, párr. 56. La CIDH en el informe No.2/96 del caso 10.325 (Steven Clark vs. Grenada). OEA/Ser.L./V/II.91 Doc. 7 at 122 (1996) consideró que el acto de confiscación de libros en donde no se compruebe que el contenido de estos calce dentro de las excepciones “*respeto por los derechos o la reputación de otros*” o “*la protección a la seguridad nacional, el orden público o el respeto a la moral o a la salud pública*”, tal y como lo consagra el artículo 13 de la CADH, constituye una censura previa.

⁵¹ Véase en este sentido CIDH, Informe 11/96, Martorell vs. Chile, párr. 58.

⁵² Artículo 26 de la Constitución del Paraguay.

⁵³ Por ejemplo, el artículo 28 de la misma Constitución de Paraguay limita seriamente la libertad de expresión.

⁵⁴ En tal sentido, véase CIDH, Informe Especial de Paraguay, 2001, Capítulo 6, párr. 16 a 48.

para dañar a otra u otras, es un delito en contra del honor de terceros y su principal característica es la mentirosa imputación en la comisión de un delito doloso o una conducta criminal dolosa. En el ordenamiento jurídico paraguayo la calumnia aparece tipificada en el artículo 150 del Código Penal, en el capítulo VIII referente a los hechos punibles contra el honor y la reputación, y establece un castigo de multa o, dependiendo de la gravedad de la lesión al honor de la persona afectada, privación de libertad hasta de dos años.

En el mismo el ordenamiento jurídico se dispone que la *difamación* consiste en la privación o disminución de la fama de una persona, realizada por otra que revela defectos o delitos ocultos de aquella.

Finalmente, se define a la *injuria* como toda ofensa, deshonra, desprecio o descrédito que se hace al honor de una persona física o jurídica con palabras o con hechos. Al igual que en la *calumnia* y la *difamación*, en la *injuria* el bien jurídico protegido es el honor. La *injuria* se describe en el artículo 152 del Código Penal paraguayo con cargo de multa en distintos órdenes.

La existencia y la aplicación de estas tres figuras en el derecho positivo nacional pone en peligro la referida prohibición de la censura previa, riesgo que se ve reforzado por el contenido del artículo cuatro de la Ley 1.682, que reglamenta la información de carácter privado y que prohíbe difundir “datos sensibles” de las personas, entre ellos informaciones “que afecten la dignidad” homologable al honor y a la reputación.

Como se puede apreciar, en la legislación paraguaya existe la posibilidad de que las leyes cuyo objeto es

proteger el honor de las personas se conviertan en instrumentos para coartar la libertad de expresión y se constituyan, indirectamente, en leyes de desacato⁵⁵, las que, aunque fueron derogadas del ordenamiento jurídico paraguayo en 1998, persisten en muchos países del hemisferio.

En el sistema interamericano, las leyes que protegen el honor de las personas –injuria, difamación y calumnia- han merecido la atención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de su Relator Especial para la Libertad de Expresión, quienes han afirmado que el posible abuso de estas leyes por parte de los funcionarios públicos para silenciar las opiniones críticas es tan grande como en las leyes de desacato⁵⁶. Así, en el Informe Especial de Paraguay de 2001, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos indicó que *“una interpretación del artículo 13 de la Convención Americana conduciría a la necesidad de revisar principalmente las leyes que tienen por objeto proteger el honor de las personas, comúnmente conocidas como injurias y calumnias, debido a que en muchos casos estas leyes son utilizadas para atacar o silenciar el discurso que se considera crítico de la administración pública”*⁵⁷.

⁵⁵ Las leyes de desacato son una clase de legislación que penaliza la expresión que ofende o insulta a un funcionario público en el desempeño de sus funciones oficiales. Véase, Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión, Capítulo II.B.b, en Informe Anual de la CIDH, 1999.

⁵⁶ Véase, Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo III párr. 7 en Informe Anual de la CIDH, 2000.

⁵⁷ Informe Especial de Paraguay, 2001, de la CIDH. Capítulo 6, Párr. 44, 45, 46. También, Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo III párr. 5 *in fine* en Informe Anual de la CIDH, 2000.

Esta posición se explica con mayor abundamiento en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, donde se señaló que *“el tipo de debate político a que da lugar el derecho a la libertad de expresión e información generaría, sin duda alguna, ciertos discursos críticos e incluso ofensivos para quienes ocupan cargos públicos o están íntimamente vinculados a la formulación de las políticas públicas y, por tal motivo, las leyes de calumnias e injurias se convertirían entonces en leyes que en lugar de proteger el honor de las personas serían utilizadas para atacar o silenciar el discurso que se considera crítico de la administración pública”*⁵⁸. Por lo tanto, una ley que sea utilizada para restringir el discurso crítico de la administración pública, en los casos en que la expresión se refiere a una figura pública, afecta a la esencia misma y al contenido de la libertad de expresión⁵⁹.

Estas consideraciones han llevado a la Comisión Interamericana y a su Relatoría Especial sobre Libertad de Expresión a afirmar que los Estados deben reformar sus leyes sobre difamación, injurias y calumnias en el sentido de que puedan únicamente aplicarse sanciones civiles y no penales, en el caso de ofensas a funcionarios públicos, personas públicas o particulares que se hayan involucrado voluntariamente en asuntos de interés público, pudiéndose en tales casos sólo incurrir en ofensa cuando se compruebe una “real

⁵⁸ En ese sentido, Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, Capítulo II, acápite “B. interpretación” párrafo 42.

⁵⁹ CIDH, Informe Anual/OEA/Ser. L/V/II.88. Doc. 9.rev. 17 de febrero de 1995, p. 218. Véase, ECHR, “Linger Vs. Austria” Series A, No.103, 1986; ECHR, “Castells Vs. España”, Serie A, No. 236, 1992. También en ese sentido, el Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión, Capítulo II B .1.b. Informe Anual de la CIDH, 1999.

malicia”⁶⁰. Esta posición no se contrapone con la obligación del Estado de proteger los derechos de los demás, en este caso, el derecho a la honra y a la dignidad establecidos en el artículo 11 de la Convención Americana, pues el Estado cumpliría con tal obligación constituyendo una protección estatutaria contra los ataques intencionales al honor y a la dignidad mediante acciones civiles y promulgando leyes que garanticen el derecho de rectificación o respuesta. Con ello, el Estado garantizaría la protección de la vida privada de todos los individuos sin hacer un uso abusivo de sus poderes coactivos para reprimir la libertad individual de formarse opinión y expresarla⁶¹.

Como se puede observar, es muy importante hacer una clara distinción entre personas públicas y privadas como sujetos pasivos en el tipo legal de cada una de estas figuras -difamación, injurias y calumnias-, no solo para la determinación de las sanciones aplicables, según lo propone la Comisión Interamericana, sino porque precisamente de esta confusión se deriva el peligro de la perversión de esas leyes en una ley de desacato.

Sobre las leyes de desacato, la Comisión Interamericana ha concluido, en un informe especial sobre la compatibilidad de estas leyes con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que estas se prestaban a un abuso al ser utilizadas como un

⁶⁰ Véase, Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo III párr. 8 y 10 en Informe Anual de la CIDH, 2000. Como se verá en otro apartado de este capítulo, la “real malicia” consiste en que el autor de la información en cuestión era consciente de que la misma era falsa o actuó con desconocimiento negligente de la verdad o falsedad de dicha información.

⁶¹ CIDH, Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la CADH, OEA/Ser.L/V/II, doc.9 rev., 17 de febrero de 1995, p. 211.

medio para silenciar ideas y expresiones impopulares, debido a que estas leyes disuaden considerablemente las críticas por el temor de las personas a las acciones judiciales o sanciones monetarias que estas leyes implican⁶² y al carácter inhibitor que invariablemente las sanciones penales tienen para la libertad de expresión⁶³, reprimiendo así el debate crítico indispensable para el efectivo funcionamiento de las instituciones democráticas⁶⁴.

De esta forma, es claro concluir que con esta normativa se estaría generando una censura previa, al desalentar cualquier juicio, opinión o consideración del ciudadano sobre el ejercicio de la función pública, por lo que este tipo de leyes atentan claramente contra la libertad de expresión y el derecho a la información⁶⁵.

No obstante las anteriores consideraciones, el principal fundamento sobre la conveniencia de las leyes de desacato, vigentes en muchos Estados miembros de la OEA, es la necesidad de proteger el honor de los funcionarios públicos en lo que se refiere a la obligación de mantener el orden público –un propósito ciertamente permisible para la restricción a la libertad de expresión, en virtud del artículo 13 de la Convención Americana-, pero tal argumento no puede justificarse ni es sostenible, ya que contravendría el principio de que

⁶² CIDH, Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la CADH, p. 209.

⁶³ CIDH, Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la CADH, p. 211.

⁶⁴ CIDH, Informe sobre la compatibilidad entre las leyes e desacato y la CADH, p. 212.

⁶⁵ Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo III párr. 11 en Informe Anual de la CIDH, 2000.

una democracia que funciona adecuadamente constituye la mejor garantía del orden público⁶⁶.

Por otro lado, las leyes de desacato tienen un segundo efecto nocivo, y es que violentan el principio de igualdad y vulneran, en consecuencia, el andamiaje del sistema democrático. Efectivamente, estas leyes disponen, sin razón jurídicamente sostenible, derechos de privilegio de unos sobre otros miembros de la sociedad. Esto se traduce en diverso grado de protección legal, al otorgar una mayor protección a los funcionarios públicos que a los ciudadanos comunes y corrientes, cuando precisamente debería ser a la inversa, es decir, los funcionarios públicos deberían estar más expuestos a la crítica de la ciudadanía, por participar en la formulación o aplicación de la política pública. También se produce en clara contravención con el principio fundamental de un sistema democrático que sujeta el gobierno a controles, como lo es el escrutinio público para impedir y controlar el abuso de sus poderes coercitivos⁶⁷, lo cual se traduce, en última instancia, en el derecho de los ciudadanos de criticar las acciones y actitudes de los funcionarios públicos en lo que se relaciona con la función pública⁶⁸.

Por último, la Comisión señaló que todas aquellas leyes que penalizan la expresión de ideas que no incitan a la violencia anárquica son incompatibles con la libertad de expresión y pensamiento consagrada en el artículo 13, con el propósito fundamental de la

⁶⁶ CIDH, Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la CADH, p. 209.

⁶⁷ CIDH, Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la CADH, p. 207.

⁶⁸ *Ibidem*.

Convención Americana de proteger y garantizar la forma pluralista y democrática de vida⁶⁹.

En ese sentido, existe una expresa recomendación de la Comisión Interamericana para que todos los Estados miembros del sistema, en cuyos ordenamientos jurídicos existan leyes de desacato o similares, procedan a su derogación, adecuando su legislación interna con los instrumentos internacionales y las obligaciones adquiridas con ellos⁷⁰.

Derecho a la honra, a la dignidad y a la privacidad

Este derecho se encuentra muy relacionado con las leyes de calumnias, difamación e injurias, al ser estas últimas las figuras penales que la legislación usualmente establece para procurar su defensa y reprimir su violación. El derecho a la honra y a la dignidad está establecido en el artículo 11 de la Convención Americana, el cual señala que “*toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad*” y que “*nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación*”, para lo cual deberá contar con la “*protección de la ley contra tales injerencias o ataques*”. Ello conduce a que los Estados Partes de la Convención tienen la obligación positiva de proteger a

⁶⁹ *Ibíd.*, “Conclusión” párr. 3 *in fine*.

⁷⁰ Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo IV. A. En Informe Anual de la CIDH, 1998.

las personas que se hallan dentro de su jurisdicción de las violaciones a la privacidad y, cuando ese derecho sea violado, proporcionar soluciones prontas, efectivas y adecuadas para reparar cualquier perjuicio derivado de una violación a ese derecho⁷¹.

Sin embargo, este derecho, en virtud de su naturaleza, es susceptible de entrar en conflicto con el derecho a la libertad de expresión⁷² y, por ello, ha sido utilizado en innumerables circunstancias para justificar trabas o lesionar el derecho consagrado en el artículo 13. Al respecto, la Convención Americana reconoce que pueden existir limitaciones cuando los distintos derechos protegidos en ella se hallan en conflicto⁷³ y, tal y como se ha señalado en apartados previos de este trabajo, es claro que el texto del artículo 13 reconoce que el derecho a la libertad de expresión puede estar sujeto a restricciones con el fin de asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás⁷⁴. Sin embargo, esto no debe significar, en forma alguna, que el derecho consagrado en el artículo 11, es decir, el derecho al honor y reputación de los demás, posea mayor jerarquía respecto a la libertad de expresión⁷⁵, ni que tal conflicto entre bienes jurídicos igualmente protegidos entrañe una solución sobre cuál de los dos escoger⁷⁶.

De esta manera, la Corte Interamericana ha señalado que las disposiciones del artículo 11 no pueden

⁷¹ *Ibidem*, párr. 67.

⁷² Véase CIDH, Informe No. 11/96 Caso Martorell, párrs. 60 *in fine*.

⁷³ Siempre y cuando esas limitaciones se ciñan a lo dispuesto en los artículos 29.a y 32.2 de la CADH.

⁷⁴ Véase CIDH, Informe No. 11/96 Caso Martorell, párr. 62. También artículo 13.2.a de la CADH.

⁷⁵ *Ibidem*, párr. 70.

⁷⁶ *Ibidem*, párr. 71.

interpretarse por los órganos del Estado de tal forma que resulten en una violación del artículo 13 de la Convención Americana, que prohíbe terminantemente la censura previa, en cuyo defecto puede llegarse a proteger el derecho a la honra y a la dignidad de manera ilegítima, conforme al espíritu de la Convención⁷⁷.

Por lo tanto, los Estados, al reglamentar el derecho a la honra y a la dignidad (artículo 11 de la Convención), tienen la obligación de respetar también el derecho a la libertad de expresión, tomando en cuenta que la censura previa, cualquiera que sea su forma, es contraria al régimen que garantiza el artículo 13 de la Convención Americana⁷⁸. Así, para sancionar el abuso que se dé a la libertad de expresión en perjuicio del derecho a la honra, a la dignidad y la privacidad, se deberá acudir a los términos empleados en el artículo 13, lo que lleva a concluir que se deberán aplicar, también en este caso, los parámetros de la “responsabilidad ulterior”, ya mencionados en este trabajo, para quien vulnere el derecho a la honra⁷⁹.

En lo que respecta al derecho paraguayo, la Constitución de la República establece en el artículo 33 que “*la intimidación personal y familiar, así como el respeto a la vida privada son inviolables*”, así como que “*se garantiza el derecho a la protección de la intimidad, de la dignidad y de la imagen privada de las personas*”. Sin embargo, existen varias disposiciones en la legislación nacional que, con el pretexto de defender la honra y la dignidad, tipifican los delitos de

⁷⁷ En este sentido, *Ibíd.*, párr. 72.

⁷⁸ *Ibíd.*, párr. 74.

⁷⁹ *Ibíd.*, párr. 75.

injurias, calumnias y difamación, sin que en este punto la legislación paraguaya presente una clara diferencia entre funcionario público, persona pública o persona privada involucrada voluntariamente en asuntos públicos⁸⁰.

Derecho de rectificación o respuesta

Este derecho está consagrado en el artículo 14 de la Convención Americana, y consiste en la posibilidad de que una persona que se sienta afectada por alguna publicación falsa, inexacta o agravante pueda efectuar la rectificación o respuesta, sin que esto constituya un eximente de las otras responsabilidades legales en que se hubiere incurrido⁸¹. En cuanto a su ejercicio, el artículo 14.1 delega a las leyes de los Estados Parte las modalidades de éste, como en lo referente, *inter alia*, al tamaño del espacio para responder o rectificar, cuándo debe publicarse la respuesta una vez recibida, en qué lapso puede ejercerse el derecho o qué terminología es admisible⁸².

El derecho de rectificación o respuesta está intrínsecamente relacionado con el derecho a la libertad de expresión, pues su ejercicio es la reacción a una manifestación de ideas u opiniones que encierra el derecho de emitir la propia opinión o pensamiento en forma de réplica, sobre otros iguales que le atañen directamente y que ya fueron expresados, sin olvidar el derecho de la sociedad de conocer esa expresión de

⁸⁰ Informe Especial de Paraguay 2001 de la CIDH. Capítulo 6, Párr. 37, 38 y 39.

⁸¹ Ver artículo 14 de la CADH.

⁸² Véase Corte IDH, Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta, OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Párr. 27.

ideas y pensamientos manifestados como respuesta, reproduciéndose, de esta manera, en el derecho previsto en el artículo catorce las dos dimensiones propias de la libertad de expresión⁸³, mismas que son indivisibles en cuanto a su observancia. Por la tanto, y al igual que la libertad de expresión consagrada en el artículo trece, el derecho de rectificación o respuesta no debería estar sujeto a censura previa sino a las restricciones propias de la responsabilidad ulterior según los términos ya comentados en este trabajo.

Por lo tanto, al regular la aplicación del derecho de rectificación o respuesta, los Estados Partes deben respetar el derecho a la libertad de expresión que garantiza el artículo trece, y en contrapartida, este último no puede interpretarse de manera tan amplia que haga nugatorio el derecho proclamado por el artículo catorce⁸⁴.

En tal sentido, en virtud del artículo 1.1 de la Convención, si por cualquier circunstancia el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por “toda persona” sujeta a la jurisdicción de un Estado Parte, ello constituiría una violación a dicho instrumento⁸⁵, además de constituir, como ya se mencionó, una censura previa si se interpreta el artículo 1.1 en armonía con el artículo trece⁸⁶.

⁸³ Véase Corte IDH, la Colegiación Obligatoria de Periodistas, párrs. 31 y 32. También en este sentido, Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo”, párrs. 65 y 66 y Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein, párrs. 147 y 148.

⁸⁴ Véase Corte IDH. Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta, párr. 25.

⁸⁵ *Ibidem*, párr. 28 *in fine*.

⁸⁶ Véase Corte IDH, la Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 34.

Finalmente, se estaría incurriendo también en una violación de la Convención si se tratara de restringir este derecho más allá de los extremos señalados en el artículo treinta de ese instrumento⁸⁷.

La “real malicia”

Esta doctrina ha sido desarrollada por la jurisprudencia de los Estados Unidos a través del caso “New York Times Vs. Sullivan”. En él, la jurisprudencia producida por la Suprema Corte de Justicia estadounidense estableció que las garantías constitucionales requieren una regla federal que impida a un funcionario público ser indemnizado por razón de una manifestación inexacta y difamatoria relacionada con su conducta oficial, al menos que se pruebe que fue hecha con real malicia, es decir, con conocimientos de que era falsa o con una temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad.

La “real malicia”, como se puede inferir de la definición apuntada en el párrafo anterior, consta de tres elementos: **el primero**, el sujeto pasivo de la imputación debe tener la investidura de figura pública; **el segundo**, debe existir una temeraria despreocupación (*reckless disregard*) sobre la veracidad o falsedad de la manifestación hecha y, **tercero**, tal manifestación debe referirse a hechos y no opiniones.

En cuanto al primer elemento, la Corte estadounidense desarrolló ese concepto en varios casos

⁸⁷ Véase Corte IDH, Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta, párr. 33.

posteriores al del New York Times⁸⁸, llegando a entender por figura pública al funcionario público en virtud de su relación directa con la “cosa pública”, pero extendió tal concepto al de personas públicas o privadas que se han involucrado o expuesto voluntariamente en algún asunto de interés público.

En cuanto al segundo elemento de esta doctrina, es decir, la “temeraria despreocupación sobre la veracidad o falsedad de la manifestación hecha”, se debe señalar que el origen de esta doctrina en el *common law* ha dificultado su aplicación y explicación en el sistema de derecho continental, en donde no está reconocida la figura del “*reckless*”, o su traducción castellana “*temeridad*”. En tal sentido, el desarrollo jurisprudencial estadounidense ha permitido lograr un acercamiento en cuanto a la interpretación en el derecho positivo continental de esta figura⁸⁹, pudiéndose sugerir, sin necesidad de una definición concluyente al respecto, que el “*reckless*” es equiparable a la categoría del “*dolo eventual*”⁹⁰, según es considerada por la doctrina y la tradición del derecho positivo continental y por ende, no entraría en la categoría de los delitos imprudenciales o culposos.

Por último, el tercer elemento de la doctrina es la identificación del tipo de manifestación realizada, es

⁸⁸ Associated Press vs. Walker (388 US 130); Roseblon vs. Metromedia INC (403 US 29); Gerts vs. Robert Welch INC (418 US 323); Time Inc. vs. Firestone (424 US 448); Hutchinson vs. Proximire (443 US 111) y Wolston vs. Reader’s Digest (443 US 157).

⁸⁹ Harte-Hanks Communications Inc. vs. Connaughton (491 US 657); Garrison vs. Louisiana (379 US 64) y St. Amant vs. Thompson (390 US 731).

⁹⁰ En este sentido, Bertoni, Eduardo Andrés, “New York Times vs. Sullivan y la malicia real de la doctrina” en *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, Tomo X. IIDH, 2000.

decir, si se trata de una manifestación de hechos o de opiniones. Es difícil determinar cuándo se está ante una u otra, pues esto se determina más bien en el campo de la semántica, en donde el significado de las palabras en ocasiones varía, en contenido, al que le quiso dar el emisor. Por ello, los criterios expuestos por el Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia en el caso *Ollman vs. Evans*⁹¹ pueden ser muy útiles para identificar si nos encontramos ante una manifestación de hechos o tan solo ante una manifestación de opiniones. Así, los criterios acuñados por el citado Tribunal son:

- La especificidad de los términos utilizados, en la medida en que un lector razonable no puede inferir hechos de una manifestación indefinida.
- Su verificabilidad objetiva, pues un lector razonable no puede considerar que una manifestación, sin un plausible método de verificación, pueda contener afirmaciones de hechos.
- El contexto lingüístico donde fue utilizado, pues ello influye en la disposición del lector a inferir hechos desde una particular expresión.
- El contexto social, que permite indicarle al lector la probabilidad de que la expresión constituya la afirmación de un hecho o solo una opinión.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su Relator Especial para la Libertad de Expresión, han señalado que cuando la información que dio origen a una demanda judicial es

⁹¹ 750 F. 2d 970, 979 (D.C. Cir 1984) (en banc), *certiorati* denegado 471 US 1127.

un juicio de valor y no se trata de una afirmación fáctica, no debe existir ningún tipo de responsabilidad, pues uno de los requisitos para que exista responsabilidad es que se demuestre la falsedad de la información y se compruebe que el demandado publicó una declaración con conocimiento, o alto grado de certeza, sobre su falsedad. Si la afirmación es un juicio de valor, es imposible la prueba sobre la falsedad, ya que se trata de una apreciación completamente subjetiva que no puede ser sometida a prueba⁹².

El Relator Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH abundó en el tema y señaló que tal diferenciación entre hechos y opiniones se debe efectuar *“especialmente en la arena política, en donde la crítica política se realiza frecuentemente mediante juicios de valor y no mediante declaraciones exclusivamente basadas en hechos. Puede resultar, entonces, imposible demostrar la veracidad de declaraciones dado que los juicios de valor no admiten prueba. De manera que la norma que obligue al crítico de los funcionarios públicos a garantizar las afirmaciones no fácticas tiene consecuencias perturbadoras para la crítica de la conducta gubernamental, pues dichas normas plantean la posibilidad de que quien critica (...) al gobierno sea sancionado por su crítica”*⁹³.

⁹² Véase Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo II. Apartado B. numeral 1. Inciso a). En Informe Anual de la CIDH, 1999.

⁹³ Véase Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión. Pág. 223. En Informe Anual de la CIDH, 1998.

En el ordenamiento jurídico paraguayo esta figura de la “real malicia” no aparece como tal. El término puede ser aproximado al del *Animus Injuriandi*, que habla de la necesidad de que exista “ánimo” de injuriar para que el delito de injuria quede configurado.

4. Posibilidad de sustentar la doctrina de la real malicia en el derecho paraguayo

*Miguel Vargas**

Introducción

La Constitución de la República de Paraguay, en su artículo 26, reconoce y protege los derechos “*a la libre expresión y la libertad de prensa, así como la difusión del pensamiento y de la opinión*”, y también a “*generar, procesar o difundir información, como igualmente a la utilización de cualquier instrumento lícito y apto para tales fines*”. Del mismo modo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce a toda persona la libertad de pensamiento y expresión sin censura previa, y dedica su artículo 13 a proteger este derecho en los siguientes términos: “*Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y*

* Miguel Ángel Vargas Díaz es Juez de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de la Niñez y la Adolescencia, Segunda Turno, de la Circunscripción Judicial de Itapúa, Paraguay. Profesor de la Cátedra de Derecho Procesal, Parte General y Derecho Procesal de Derecho del Trabajo en la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, Sede Regional Itapúa.

difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

Como se puede apreciar, la libertad de expresión, tal y como se encuentra concebida en la Convención Americana, implica un concepto amplio dentro del cual deben incluirse también las creencias y los juicios de valor.

Asimismo, el estudio analítico de esta disposición normativa pone de manifiesto que en ella se albergan distintos sub-derechos, como: a) la libertad de pensamiento; b) la libertad de buscar información e ideas; c) la libertad de difundir ideas e información, y d) la libertad de recibir información. Todos ellos se encuentran a la vez estrechamente conectados, de modo tal que la violación de uno de ellos implica necesariamente la violación del derecho correlativo de los demás¹.

Por ello, a nadie escapa que la libertad de expresión constituye hoy un factor muy importante para el funcionamiento democrático de los Estados, de ahí que la Convención Americana sea sumamente amplia al establecer los parámetros de este derecho y al otorgarle una protección extra, consistente en la prohibición de la

¹ Medina, Cecilia. *La Libertad de expresión*. En Cuadernos de Análisis Jurídico, septiembre de 1996. Véase también, CIDH, Informe 11/86 Caso 11.230 Chile (Martorell), párr. 53; Corte IDH, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas”, Opinión Consultiva OC-5/85, Sera A. No. 5, párrs. 30, 31, 32, 33; Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y Otros vs. Chile) Sentencia de 5 de febrero de 2001, párrs. 64, 65, 66 y 67 y Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein (Baruch Ivcher Bronstein vs. Perú), Sentencia de 6 de febrero de 2001, párrs. 146, 147, 148 y 149.

censura previa. Sobre esa base es que se ha sostenido que toda legislación relacionada con el derecho a la libertad de expresión debe, necesariamente, enmarcarse dentro de una amplia protección y con la mínima restricción.

Así, conforme al *Pacto de San José*, la responsabilidad emergente del ejercicio de este derecho es ulterior, y la censura previa está expresamente prohibida, aceptándose solo cuando se tratare de espectáculos públicos y siempre que sirva para la protección de la infancia y la adolescencia, calificación que debe limitarse a señalar si el evento es apto o no para los niños (menores de determinada edad), sin que, en ningún caso, puedan sugerir ni imponer cortes o modificaciones². Más allá de esta limitación, que es de carácter excepcional, cualquier calificación previa que se pretenda hacer con relación a la información constituiría un ataque a la libertad de expresión.

Se debe considerar que este derecho no está absolutamente exento de responsabilidad, pues no debe perderse de vista el derecho que tiene todo ser humano de protegerse contra los abusos que pudieran provenir de los medios de comunicación social.

En este trabajo nos ocuparemos de la responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación por los daños causados en la publicación de noticias, abarcando dos aspectos: el primero consistente en proponer que, siempre que se discuta la

² Ekmekdjian, Miguel Ángel. *Derecho a la Información*. pág.30. Véase también, Corte IDH, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas”, párrs. 38, 39 y 40. CIDH, Informe 11/96 Caso 11.230, párrs. 55, 56, 57 y 58 Y Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo”, párrs. 68,71 y 72.

responsabilidad civil derivada de la publicación de noticias inexactas o agraviantes contra funcionarios o personalidades públicas cometidos a través de la prensa, el caso se resuelva aplicando el estándar de la doctrina de la real malicia, que estudiaremos más adelante; el segundo, sugerir que aquella doctrina esté expresamente fijada por la ley, lo que se traduciría en una necesaria reforma del Código Civil con el fin de no dejar su aplicación solo a la interpretación jurisprudencial, y así remover cualquier obstáculo que impida el pleno ejercicio de ese derecho.

Todo ello en el entendido de que la doctrina de la *real malicia* encuentra sustento en los instrumentos de derechos humanos y es la más compatible tanto con la Constitución como con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Presupuestos

Una vez que han sido formuladas algunas apreciaciones generales referentes al alcance de la libertad de expresión, nos parece de interés referirnos a aquellos presupuestos de la responsabilidad civil considerados como tradicionales, señalando que una cuestión constitucional, como el alcance de la libertad de expresión, no puede ser resuelta exclusivamente con la remisión a las normas del Código Civil, sino a través de una adecuada armonización de estas con normas de carácter constitucional y de derechos humanos; debido a que las normas del Código Civil, por sí solas, pueden resultar insuficientes para lograr una plena defensa de la garantía de la libertad de expresión.

Efectuada esta consideración y entrando ya en el tema propuesto para este apartado, comenzaremos señalando que, tradicionalmente, se ha sostenido que se distinguen los siguientes los presupuestos de la responsabilidad civil: la antijuridicidad, el daño, la causalidad y el factor de atribución. Si bien no es propósito de este trabajo profundizar en el estudio de todos ellos, formularemos unas breves consideraciones referentes al sentido y alcance que, a nuestro juicio, cabe otorgar a algunos en particular.

La antijuridicidad

La antijuridicidad de la conducta es presupuesto de la responsabilidad civil. Un sector importante de la doctrina, que parte de la base de que lo ilícito es lo expresamente prohibido por la ley, fundamentan la atribución de responsabilidad de los medios de comunicación en la violación de los derechos de la personalidad y del deber de informar de manera veraz. Otros, por su parte, abrazan un criterio más amplio y sostienen que puede haber también atribución de responsabilidad por ejercicio abusivo del derecho a informar³.

Lesión a los derechos de la personalidad como acción antijurídica

Como se ha señalado, desde cierta perspectiva se sostiene que la antijuridicidad o ilicitud proviene

³ Rivera, Julio C. *Responsabilidad civil por daños a los derechos de la personalidad*. Revista de Der. Privado y Com., t.1, pág. 53.

especialmente de la violación a los derechos de la personalidad, que consisten en la trasgresión al honor, a la intimidad, a la reputación personal e imagen de una persona⁴.

Más adelante, al analizar los otros presupuestos de la responsabilidad, distinguiremos que el honor o la reputación de los funcionarios públicos y personalidades públicas merece un tratamiento diferente al de las personas privadas. Asimismo, señalaremos, según sea la naturaleza de la información, si se trata de periodismo de opinión o de transmisión de información; deben utilizarse criterios diferentes para la consideración de una y de otra para determinar la existencia de responsabilidad.

La violación del deber de veracidad como acción antijurídica

También se ha dicho que la antijuridicidad está dada por la violación al deber de informar de manera veraz⁵. Dicho de otro modo, esta opinión apunta a que sería antijurídica la información errónea o falsa -por oposición a veraz-.

La cuestión de la información veraz

Nuestra Constitución ha establecido la exigencia de informar de manera veraz, señalada en el primer apartado del artículo 28 bajo el epígrafe “*Derechos a*

⁴ Pizarro, Ramón D., *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación*.

⁵ Rivera, Julio C., P.412 y ss.

informarse”. En estos términos nuestra Carta Magna dispone que, “*Se reconoce el derecho de las personas a recibir información veraz, responsable y ecuánime*”.

El concepto de información veraz ha sido visto como un peligroso marco que puede facilitar una eventual “*Ley de Prensa*”, que haría imposible la práctica del periodismo libre en una sociedad abierta y democrática, tal y como lo consagra la Convención Americana. De esta manera, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Tercer Informe de marzo del 2001 sobre la situación de los derechos humanos en nuestro país, manifestó su preocupación por el alcance que eventualmente pueda darse a tal disposición constitucional, de la siguiente manera:

“Si bien el artículo 26 de la Constitución establece una amplia e irrestricta protección a la libertad de expresión, la primera parte del artículo 28 impone un requisito respecto al derecho a la información que limita seriamente la libertad de expresión. Los calificativos constitucionales dados a la información: “veraz, responsable y ecuánime” son contrarios al artículo 13 de la Convención Americana que establece explícitamente que la libertad de expresión e información no debe tener ningún condicionamiento previo. Tanto el artículo 13 de la Convención, como la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se refieren a la libertad de expresión, información y opinión. El derecho protegido en todas ellas es el

*acceso a toda información, no sólo a aquella que pueda ser considerada como veraz, responsable o ecuaníme*⁶.

De ahí que una interpretación que armonice el requerimiento de veracidad, previsto en la Constitución, con el artículo 13 de la Convención Americana, nos parezca de fundamental importancia si se advierte que, de considerarse que existe un conflicto irremediable entre la Convención y la Constitución, esta última debería tener primacía. Esto que podría generar responsabilidades internacionales para nuestro país.

Así, entendemos que una adecuada respuesta que tienda a armonizar tales normas va a surgir de la respuesta a la interrogante sobre si tal deber *de “veracidad”* es un deber de resultado –objetivo–, o es un deber de diligencia –subjetivo–.

Una valiosa respuesta a esta interrogante se desprende de lo expresado por el Tribunal Constitucional de España en el caso *“Patiño vs. Diario 16”*⁷, donde se entendió que la regla de la veracidad no exige que los hechos o expresiones contenidos en la información sean rigurosamente verdaderos, sino que impone un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad, en el sentido de que la información rectamente obtenida y difundida es digna de protección, aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales que no afecten la esencia de lo informado.

⁶ <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Paraguay01sp/indice.htm>

⁷ STC 172/1990. BJC 115.

En el mismo fallo, el tribunal citado sostuvo que la “veracidad”, en el sentido propuesto, no actúa de igual manera en toda clase de supuestos, agregando que su operatividad, excluyente de la antijuricidad de las intromisiones en el honor e intimidad de las personas, es muy distinta según la intromisión afecte el honor de funcionarios o personajes públicos o de ciudadanos particulares, y según se trate de hechos u opiniones - juicios de valor.

Del fallo del más Alto Tribunal español se pueden extraer dos importantes conclusiones. La primera atañe a que la libertad de expresión no es comprensiva únicamente de las afirmaciones “verdaderas”, sino que además se extiende a todas aquellas que, aun no correspondiendo con la realidad, han sido emitidas en una forma que no es merecedora de un juicio de reproche. La segunda, íntimamente ligada a la primera, se refiere a que la regla de veracidad debe ser entendida como aquella “*rectamente obtenida y difundida*”, aun cuando su verdad objetiva sea controvertible.

Esta referencia es importante para compatibilizar una correcta interpretación del primer apartado del artículo 28 de la Constitución con los artículos 26 del mismo texto legal y el 13 de la Convención Americana. Similar criterio se observa en el caso “*New York Times c/Sullivan*”⁸, cuestión que trataremos más adelante.

Nuestra opinión

Por nuestra parte, somos del criterio de que la armonización de las disposiciones del Código Civil con

⁸ 376 US 254(1964).

lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución, el artículo 13 de Convención Americana y la doctrina de la “real malicia”, nos lleva necesariamente a entender que, para de determinar la antijuridicidad de la conducta de los órganos de prensa, esta debe fundarse exclusivamente en la consideración de que sólo de la prohibición concreta surgiría la conducta antinormativa. Dicho de otro modo, esa atribución debe hacerse exclusivamente como consecuencia de una conducta antijurídica expresa, en la medida que, por imperio del artículo 9 de la Constitución “sólo lo prohibido no es permitido”.

Con base en ello, podemos concluir afirmando que una interpretación compatible con el derecho internacional de los Derechos Humanos no exigiría que los hechos o expresiones contenidos en la información sean *objetivamente* verdaderos, por cuanto, otorgándole tal carácter, se estaría agregando un elemento adicional que el artículo 28 de la Constitución no ha previsto.

Factores de atribución

Actualmente se ha incorporado en el pensamiento jurídico mayoritario, como fundamento de la responsabilidad por daños, tanto el factor subjetivo del agente, donde se estudia la culpabilidad –comprensiva tanto del dolo como de la culpa-; como el riesgo derivado de actividades peligrosas; el hecho de las cosas y la propiedad de animales. Así, encontramos que en nuestro ordenamiento positivo en la materia, esto es el Código Civil de 1987, se han incorporado esos factores de atribución de la responsabilidad civil debido

a que, por un lado, el deber de resarcir gira en torno a la ilicitud del acto, mientras que en otros casos es el riesgo creado por la actividad desplegada la que origina tal deber (artículo 1846 del Código Civil). En otros, este se fundamenta en la injusticia del daño⁹.

Dentro de la variada gama de factores de atribución de dicha responsabilidad corresponde determinar cual de ellos justificaría la obligación de los medios masivos de comunicación de resarcir, de modo tal que puedan resultar efectivas las disposiciones constitucionales –artículos 26 y 28- que establecen el derecho a la libre expresión y también, para dar cumplimiento al compromiso asumido por el Paraguay al suscribir instrumentos internacionales que protegen este derecho.

Sin duda alguna el tema reviste mayor importancia en los países democráticos, dado que es intrínseco a tal sistema el reconocimiento de la libertad de expresión. Ello implica que se debe ser especialmente cuidadoso en la aplicación del derecho de la responsabilidad civil por daños provenientes del uso abusivo de la libertad de expresión, con el fin de no afectar un principio básico del régimen republicano de gobierno debido al rol sustancial que cumple dicha libertad para la subsistencia del mismo. A la vez, procurar no dejar sin tutela los derechos al honor y a la reputación personal, también reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 11.

⁹ Ríos Ávalos, Bonifacio Dr. *Responsabilidad civil por daño ambiental*. Seminario de actualización La Ley. Año 2000.

Doctrinas de la responsabilidad objetiva

Quienes encuentran el fundamento de la responsabilidad en el daño mismo y no en el sujeto que lo causa establecen la denominada responsabilidad objetiva. Según esta doctrina, debe responder del daño quien de hecho lo causa, con independencia de que haya tenido o no culpa en su producción.

Advertimos que, según nuestro punto de vista, el sistema de la culpa actúa como elemento indispensable de la responsabilidad civil, y la responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpa como también se la denomina, aparece como un sistema de excepción. Seguramente, es por ello que ninguna legislación ha adoptado la teoría de la responsabilidad objetiva como criterio general para resolver el problema de la responsabilidad civil, admitiéndola sólo en supuestos especiales y con carácter excepcional.

Sin hacer mención de las posturas que diferencian la tesis del riesgo de la de responsabilidad objetiva, nos limitaremos a señalar que el Código Civil paraguayo consagra, en sus artículos 1846 al 1854 bajo el título de *responsabilidad sin culpa*, hipótesis legales de responsabilidad por actividades peligrosas o riesgosas, por el hecho de las cosas y por aquellas derivadas de la propiedad o custodia de los animales.

Asimismo, cierto sector sostiene que la responsabilidad de los medios masivos de comunicación está basada en la teoría del *riesgo creado* por la actividad desarrollada, la que se consagra en el artículo 1846 de nuestro Código Civil. Conceptualmente, esta teoría pone el acento en la

creación de peligros o riesgos en virtud del ejercicio de actividades lícitas, pero que resultan, en cierta medida, incontrolables. Arguyendo, de igual forma, que la prensa debe comprobar la verdad de la información que difunde y que la sola circunstancia de que ella resulte falsa es suficiente para atribuir responsabilidad, sin entrar en consideraciones acerca del dolo o la culpa.

De esta forma, quienes se ubican dentro de esta línea de pensamiento suelen argumentar que, bajo el ropaje de la culpa del medio, se esconde *un privilegio económico inadmisibile a favor de los medios*¹⁰, agregando que “*no es posible otorgar a las empresas de comunicación un trato diferenciado en materia de responsabilidad, consistente en la no aplicación del tipo de responsabilidad que corresponde, conforme a la actividad que despliegan*”¹¹.

Esta tesis, que claramente no es compatible con la Constitución ni mucho menos con la Convención Americana, expondría a los medios de comunicación a indemnizar cualquier daño por el simple hecho de haber difundido informaciones que, a la postre, resultaren inexactas o agraviantes, lo que en la práctica equivaldría a limitar el principio de pluralismo más allá de lo que consiente su condición de valor esencial en la sociedad democrática, dejando reducida la libertad de información a una inerte transmisión mecánica de hechos noticiosos.

¹⁰ Pizarro, Ramón. P. 263.

¹¹ Íbidem, nota anterior.

Doctrina de la responsabilidad subjetiva

Quienes comparten esta doctrina sostienen que el factor de atribución sería subjetivo, esto es, basado en un concepto clásico del fundamento de la responsabilidad civil sostenido en la idea de la culpa o el dolo¹². De esta forma, se afirma que no resulta suficiente que un sujeto de derecho padezca un daño, tanto en su persona como en sus bienes, para que el autor esté obligado a repararlo, sino que es menester que ese daño provenga de un hecho doloso o culpable.

Siguiendo esta tesis, la difusión de noticias inexactas o agraviantes debería entonces ser juzgada en los casos de responsabilidad contractual conforme a los artículos 721 y 722 del Código Civil, mientras que los casos de responsabilidad extracontractual se juzgarían de acuerdo con lo establecido en los artículos 1833, 1834 inciso c), 1847 y 1848 del mismo texto legal. Así, desde este punto de vista, la responsabilidad proveniente de la difusión de noticias inexactas o falsas solo puede tener fundamento en la “*culpabilidad*”.

De esta forma, se hace necesario precisar los elementos de la culpabilidad en el Código Civil paraguayo. En efecto, dicho código en su artículo 421 establece que habrá culpa cuando se omitieren aquellas diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación y que corresponden a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. Se trataría, así, de un error en la conducta que no habría sido cometido por una persona prudente situada en las mismas condiciones externas del autor del hecho. Por su parte, el artículo 290 del

¹² Alterini-Filipini. *Responsabilidad civil derivada de la difusión de noticias inexactas: acto ilícito o acto abusivo.*

mismo texto legal nos define qué debe entenderse por “*acción u omisión dolosa*”, refiriendo que es toda aserción falsa o disimulación de lo verdadero, así como cualquier astucia, artificio o maquinación que se emplee con ese fin. De esta forma se entiende que, básicamente, el dolo se caracteriza por la intención de dañar.

Por último, es importante destacar que, dentro de esta línea de pensamiento, se ha determinado la culpa para la información errónea y el dolo para la información falsa¹³, haciendo una distinción según la naturaleza de la víctima, es decir, si se trata de un funcionario o personalidad pública o bien, si implica a personas que no reúnen tal carácter; requiriéndose así, en el primer caso, el dolo o “*culpa grave*” del informador, mientras que en el otro supuesto sería suficiente la denominada “*culpa leve*”.

Doctrina de la real malicia

Generalidades

Esta doctrina deriva de la jurisprudencia estadounidense producida a raíz del caso *New York Times vs. Sullivan*. En ella se sostiene que las garantías constitucionales exigen de una regla que evite a un funcionario público ser indemnizado por razón de una manifestación inexacta y difamatoria relacionada a su conducta oficial, a menos que se pruebe que tal manifestación fue hecha con real malicia, es decir, con conocimiento de que era falsa o con un verdadero

¹³ Bustamante Alsina, Jorge. *Los efectos civiles de las informaciones inexactas o agraviantes*.

ánimo de injuriar, así como con la intención de difundir una información a sabiendas de su falsedad.

Esta doctrina constitucional, producto de la actividad jurisprudencial de Estados Unidos y que, sin lugar a dudas, es perfectible, ha sido blanco de muchas críticas a la hora de aplicar sus principios en el sistema de derecho continental. Sin embargo, lo que de ninguna manera puede ignorarse es la influencia que ha tenido en la interpretación de los límites a la libertad de expresión, no solo en los Estados Unidos, sino también en nuestros países, aun cuando su aplicación todavía resulte extraña en nuestro sistema legal de naturaleza continental.

De esta forma, se puede decir que el fundamento de esta doctrina se apoya en la necesidad de proteger de forma adecuada la libertad de expresión de acuerdo con los textos constitucionales y, asimismo, buscar un razonable equilibrio en la función de la prensa y los derechos individuales que hubieran sido afectados por comentarios lesivos a funcionarios públicos o personalidades públicas.

Así, partimos entonces de presuponer que la doctrina de la “real malicia” es la más compatible para resolver los problemas de responsabilidad ulterior, emergente del derecho de informar, debido a que encuentra pleno sustento tanto en la Constitución como en la Convención Americana. Efectivamente, esta doctrina ha ganado cada vez mayores espacios en la jurisprudencia de los tribunales de América Latina desde hace algunos años, como por ejemplo en la República Argentina, donde recientemente se aplicaron

los criterios de la “real malicia” en el fallo 96.143, 1-1-97, L. L. del 10-10-97.

Por último, cabe decir que esta doctrina tiene especial importancia en cuanto a dos aspectos fundamentales. Por un lado incide directamente en lo referente al factor de atribución en materia de responsabilidad de los medios de prensa y, por el otro, en el tratamiento de la determinación de la carga de la prueba, tema de suma importancia a la hora de resolver litigios.

El caso “New York Times /Sullivan”¹⁴

Los orígenes de la doctrina de la real malicia son recientes, pues se origina en los Estados Unidos en el año 1964. Antes de esa fecha la responsabilidad civil por daños causados a terceros debido a publicaciones difamatorias estaba sometida a los módulos de responsabilidad propios del *Common Law*. Estos variaban de acuerdo con la legislación y la jurisprudencia de cada Estado, aplicándose, en términos generales, las reglas ordinarias del *Common Law* en materia del “libelo”, donde se implementaba el estándar de *negligence torts* -patrón de conducta estimado de una “persona razonable”-, que venía siendo depurado con el paso del tiempo.

De esta forma, la Corte de aquel país mantuvo por mucho tiempo el criterio de que tanto las informaciones falsas como las difamatorias se hallaban fuera del ámbito de protección de lo previsto en la Primera

¹⁴ Los fundamentos del fallo pueden encontrarse también en Badeni, Gregorio. *Doctrina de la Real Malicia*. ADEPA, 1996, sep.23.

Enmienda. Esa circunstancia tornaba sumamente vulnerable a la prensa frente a las pretensiones indemnizatorias emergentes de los daños causados por el ejercicio del periodismo.

Sin embargo, en 1964 cambió esta percepción de la jurisprudencia estadounidense con el pronunciamiento del fallo en el caso “*New York Times c/Sullivan*”. Efectivamente, el *New York Times Company*, una corporación de Nueva York que publica el periódico de circulación diaria denominado *New York Times*, había publicado un artículo en el cual criticaba fuertemente a funcionarios del gobierno del Estado de Alabama por los procedimientos y métodos empleados en la represión de aquellos que se habían sumado a las protestas contra la discriminación racial. En tal publicación se habían hecho algunas afirmaciones que no eran exactas y uno de los tres comisionados electos por la ciudad de Montgomery, Alabama, de nombre L. B. Sullivan, promovió acción civil por difamación contra cuatro personas, ante la Corte del Estado de Alabama. Obtuvo una sentencia favorable por medio de la cual se otorgó al señor Sullivan una indemnización por daños que ascendía a quinientos mil dólares.

No obstante, los condenados por el fallo de la Corte de Alabama recurrieron dicha sentencia ante la Suprema Corte de Justicia de aquel país, que decidió revocar la decisión vertida en Alabama al entender que la ley sobre difamaciones de ese Estado no satisfacía los requisitos constitucionales contenidos en la primera Enmienda. El criterio fue que los funcionarios públicos no podían obtener, mediante fallos judiciales, indemnización por falsedad difamatoria a menos que

pudiesen probar que la afirmación había sido hecha con real malicia, en otras palabras, con conocimiento de que era falsa o con una temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad.

Así, esta doctrina de la “real malicia” presenta, al menos, tres cuestiones o aspectos que merecen ser destacados. En primer lugar, el alcance que cabe asignar a la expresión “*reckless disregard*”, la que ha sido traducida a nuestra lengua como la “temeraria despreocupación sobre la falsedad de la manifestación”; en segundo lugar, la necesidad de que el sujeto pasivo de la imputación debe tratarse de una figura pública y, por último, la distinción que debe hacerse entre afirmaciones de hechos y juicios de valor.

La temeraria despreocupación sobre la falsedad de la información

Con respecto al primero de los aspectos referidos, se ha sostenido que aquí radica uno de los problemas claves cuando se trata de adaptar la doctrina de la real malicia a sistemas jurídicos que no reconocen la categoría del *recklessness* en el ámbito de la responsabilidad por hechos ilícitos¹⁵.

En pronunciamientos posteriores al analizado anteriormente, la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos desarrolló más detenidamente lo que entendía por *real malicia*¹⁶. Así, se sostuvo que el estándar de

¹⁵ Bertoni, Eduardo Andrés. “*New York Times vs. Sullivan* y la malicia real de la doctrina”, publicado en Estudios Básicos de Derechos Humanos, T.X, p.123 a 150.

¹⁶ Harte-Hanks. Communications Inc. vs. Connaughton, 491 US 657 (1989).

referencia no se encontraba satisfecho solamente con la mala voluntad o malicia en el sentido ordinario de la palabra, sino que se requiere, en quien hizo la manifestación falsa, un alto grado de conocimiento sobre la probabilidad de la falsedad¹⁷ o debió haber tenido serias dudas sobre la verdad de la publicación¹⁸. De esta forma se ve añadido el requisito que consiste en que debe haber una clara evidencia de que en, el caso concreto, el demandado tenía serias dudas sobre la veracidad de la información, siendo necesario entonces ir más allá de una comparación con una conducta razonable de un hombre prudente. En el decisorio se señala que, fallas en la investigación periodística antes de la publicación son insuficientes para establecer *reckless disregard*¹⁹, aunque una persona razonable y prudente no las hubiera tenido. De esta forma y con base en dichos pronunciamientos, es que se afirma que el concepto pergeñado por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos se asimila a la figura del denominado dolo eventual del sistema jurídico continental.

En la República Argentina hay quienes –aun cuando formulan algunas críticas- admiten la viabilidad de la doctrina en estudio siempre que se considere que tal estándar importa culpa, en la variedad de accionar doloso, al que consideran incluido en aquella²⁰. Otros, por su parte, han sostenido que esta doctrina

¹⁷ 379 US 64 (1964).

¹⁸ 390 US 731 (1968).

¹⁹ *Ibidem*, nota 14, p.139.

²⁰ Belluscio-Zannoni. *Código Civil Comentado*. t.2, p.626, nota 123.

virtualmente abandona al factor de atribución de culpa, requiriendo la acreditación exclusiva del dolo del informante.

Por último, y aun cuando no sea el objetivo del presente trabajo, entendemos que actualmente no puede desconocerse que en el derecho moderno se asigna cada vez mayor importancia a los procesos anímicos en que se fundan los actos jurídicos, posición que ha redundado en un profundo análisis de la composición del dolo y la culpa, dando lugar a conceptualizaciones intermedias a las que el derecho privado no estuvo ajeno. Esta discusión, como lo sostiene Santarelli²¹, ha permitido diferenciar los supuestos en los cuales, por un lado, al sujeto le era indiferente que el resultado dañoso se produjere o no, circunstancia no paralizante de su accionar. Por otro lado, se encuentran los casos donde el agente, si bien se representa y prevé la consecuencia disvaliosa, confía que ello no ocurrirá y por lo tanto sigue adelante con su conducta. Las situaciones comprendidas en la primera hipótesis constituyen el denominado “*dolo eventual*”, y las incluidas en el segundo son las identificadas como “*culpa con representación*”.

En definitiva, podríamos, dentro de un plano conceptual, interpretar el concepto del “*reckless disregard*” a través de un criterio de asimilación con las figuras del “dolo eventual” o la denominada “culpa con representación”.

²¹ Santarelli, Fulvio Germán. *Culpa con representación*. Enciclopedia de la Responsabilidad Civil, t.II, p.805. Edit. Abeledo Perrot.

Legitimación pasiva

En lo que respecta al segundo de los aspectos señalados, se puede observar que, si bien inicialmente la doctrina se refirió a los funcionarios públicos, dicho marco fue ampliado y aplicado, incluso, a aquellas publicaciones que hicieran referencia a figuras de actuación pública -aun cuando estos no se tratasen de funcionarios públicos- y a materias de interés general.

En el caso “*Curtis Publishing Co. C/Butts*”, un entrenador deportivo, acusado por una revista de haber arreglado un partido de fútbol, fue considerado “figura pública”, aplicándose al caso el estándar del *New York Times c/Sullivan*”. Posteriormente, en el caso “*Associated Press c/Walker*”, en el que un General es acusado de participar en actos de discriminación ocurridos en la Universidad de Mississippi, fue considerado de igual manera como “figura pública” para la aplicación del mismo precedente²². Incluso se llegó más allá cuando, posteriormente, en el caso “*Rosenbloom v. Metromedia*” (403 US 29) fue aplicado el estándar aun cuando se afectaba el honor de un simple particular si éste aparecía inmiscuido en temas de interés público, pero ello fue luego abandonado definitivamente en el caso “*Gertz v. Robert Welch*”. En efecto, en 1974 la Corte Suprema de los Estados Unidos terminó rechazando la aplicación de la doctrina del caso “*New York Times c/Sullivan*” al resolver el pleito conocido como “*Gertz c/Robert Welch Inc.*”, sosteniendo que se trataba de acciones difamatorias promovidas por ciudadanos particulares.

²² Belluscio, Augusto. *Daños causados por la publicación de noticias*, en Derecho de Daños. Ed. La Roca. Bs.As. p.371 a 391.

A modo de síntesis, podemos señalar que dicho litigio surge como consecuencia del hecho de que un órgano periodístico de la John Birch Society, denominado “*American Opinion*”, publicó un informe acerca del juicio por el homicidio de un joven cometido por la policía de Chicago. El mencionado artículo periodístico acusaba al Abogado Gertz de ser el eje puntal de un complot comunista contra los Estados Unidos, y de haber sido miembro de una organización de ese signo y de contar con antecedentes penales. Luego, resultó acreditado que Gertz tuvo una vinculación muy limitada con el homicidio y que la mayoría de las afirmaciones en su contra no eran verdaderas, razón por la cual promovió una demanda ante los tribunales de grado inferior. Fue rechazada con fundamento en que el demandante no pudo probar “*malicia expresa*” en los términos de la doctrina “*New York Times c/Sullivan*”. Esta resolución fue posteriormente anulada por la Corte Suprema de Justicia. Lo sustancial del fallo de la Suprema Corte estadounidense en este caso radica en el hecho de que si el demandante es un particular aludido en noticias falsas que no tiene relevancia pública o interés general, a él le basta probar el daño sufrido en razón de esas noticias, y la negligencia simple del órgano periodístico para que proceda la reparación²³.

Como conclusión de lo aquí expuesto, podemos advertir la diferente tutela que deben recibir, por un lado, el honor de los funcionarios y personas públicas - entre las que no cabe incluir a aquellas que se hicieron

²³ *Ibíd.*, p. 373.

públicas exclusivamente por la propia información. Por el otro, el de los particulares o ciudadanos privados.

En lo que respecta a los primeros, es suficientemente claro que tanto los funcionarios públicos como las personalidades públicas que hayan sido objeto de información o de crónica deben demostrar que las publicaciones por las que se vieron afectados fueron realizadas con conocimiento de su falsedad o la extrema indiferencia hacia la verdad por parte de la prensa. Es decir, deben demostrar la existencia de la real malicia, un verdadero ánimo de injuriar o la intención de difundir una información a sabiendas de su falsedad.

Lo anterior tiene su fundamento en que el hecho de haberse puesto voluntariamente bajo la atención de la opinión pública hace que sea razonable considerar que su derecho al honor merezca una tutela menor que la de las demás personas. De igual forma, también es una razón para prever esta menor protección legal la circunstancia de que los funcionarios públicos y las personalidades públicas posean, por lo general, más fácil acceso a los medios de difusión que les permitan contestar los ataques a su honor y reputación personal. Asimismo, es importante señalar que, al desarrollarse los criterios antes mencionados, se ha considerado que la tutela legal menor respecto al honor de los funcionarios y de las personalidades públicas es vital para la subsistencia de una república democrática.

En cuanto a los particulares, conforme al antecedente citado, el valor preferente del derecho a la libertad de prensa se relativiza, puesto que si este tiene como fundamento la opinión pública, solamente se podrían legitimar las informaciones que impliquen una

intromisión en otros derechos fundamentales cuando tales informaciones guarden congruencia con esa finalidad. Es decir, cuando resulten relevantes para la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés general y no lleven a la intromisión en la intimidad o el honor de otros más allá de lo necesario para alcanzar tal finalidad.

De esta forma, el criterio por utilizar en la comprobación de esa relevancia pública o privada de la información varía según sea la condición pública o privada del implicado en el hecho objeto de la información, o bien, el grado de proyección pública que este haya dado de manera regular a su propia persona. Los personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas y, por tanto, el derecho de información alcanza en relación con ellos su máximo nivel de eficacia legitimadora. Esto porque su vida y conducta moral participan del interés general con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas que, sin vocación de proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública y a la cuales hay que reconocer un ámbito superior de tutela en su derecho a la privacidad.

Los juicios de valor

Anteriormente habíamos mencionado la diferente tutela que debe merecer la lesión a los derechos de la personalidad, según se trate de periodismo de opinión o

de transmisión de informaciones. Esto se debe a que el estándar de la doctrina de la “real malicia” nos pone ante la necesaria formulación de una distinción entre las mismas, aun reconociendo que es en el fallo de “*Gertz v. R. Welch*” donde la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos desarrolla más claramente esta diferenciación, al establecer con toda claridad que la interpretación de la Primera Enmienda no da lugar a que existan “ideas falsas”.

Sin embargo, lo importante es destacar que a partir de *New York Times v. Sullivan* se propone un cambio en las reglas de juzgamiento de los juicios de valor, estableciéndose que los mismos no quedan sometidos a la exigencia de veracidad y, en tal contexto, cabe excluir la responsabilidad de los medios de prensa por los juicios de valor de toda índole que versaren sobre hechos de interés público referidos a funcionarios y personalidades públicas, abarcando a las expresiones humorísticas.

En este sentido, convendría recordar lo que ha sostenido el Tribunal Constitucional Español al respecto, al apuntar que en los casos reales no es siempre fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la estricta comunicación informativa, debido a que la expresión de pensamientos necesita, a menudo, apoyarse en la narración de hechos. A la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da generalmente de manera pura y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo; por lo que en tales supuestos habría que atender al elemento más preponderante.

Asimismo, es de suma importancia, con el fin de formar un criterio que permita distinguir entre juicios de valor o una afirmación de hechos, el “*test*” propuesto por el Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia en Pleno en el caso *Ollman v. Evans* –750 F. 2d 970, 979 (D.C. Cir. 1984)(en banc.), *certiorari* denegado 471 US 1127 (1985)- donde se establece que para precisar si se está ante una afirmación de hechos o un juicio de valor se deben considerar cuatro factores, el primero es la especificidad de los términos utilizados con el fin de inferir hechos de manera clara; el segundo es su verificación objetiva; el tercero es el término lingüístico donde fue utilizado y, por último, el contexto social en donde la manifestación aparece.

La cuestión en nuestro país. Modificación del Código Civil

Como se ha mencionado, la doctrina norteamericana de la “*real malicia*” ha adquirido fuerza desde hace ya algunos años en algunos países del continente, en especial en materia de responsabilidad civil de los medios de comunicación, donde también aparecen posiciones que aceptan aplicar la doctrina en materia de responsabilidad penal. Sin embargo, este criterio hasta ahora sólo se ha aplicado por medio de la jurisprudencia, sin que en nuestro país encontremos aún precedentes jurisprudenciales que hablen de su aplicación.

En la introducción del presente trabajo hablábamos de la amplia protección que goza la libertad de expresión en Paraguay, que se encuentra regulada tanto

por la Constitución como por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ahora bien, con base en estos instrumentos surge la interrogante acerca de si es posible sustentar la doctrina de la “real malicia” en el derecho paraguayo.

En tal sentido, creemos que una correcta interpretación de lo dispuesto en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos no sólo hace posible su aplicación, sino que nos impone su adopción. Por ello, se debe ajustar el Código Civil a las normas que regulan la libertad de expresión y a los principios que, en dicha materia, sientan la Constitución y la mencionada Convención. Asimismo, es conveniente no dejar librado solo al criterio de los jueces la aplicación del estándar de la real malicia, debido a que ello puede convertirse en un elemento de riesgo para un tema tan sensible como la libertad de expresión.

Tal como se anticipó en la introducción de este trabajo, uno de sus propósitos específicos consiste en proponer la modificación del Código Civil con el fin de adoptar normativamente los lineamientos seguidos inicialmente por “*New York Times c/Sullivan*”, ya desarrollados en numerosos fallos dictados por los tribunales de nuestro continente.

La propuesta, que tiene como fuente inmediata el proyecto que, con los mismos fines se presentó al Congreso argentino, consiste en la modificación del artículo 1863 del Código Civil, que actualmente previene que en los delitos contra el honor y la reputación se indemnizará por el daño que el hecho causare a la honra, al crédito o a los intereses del

ofendido. Así, proponemos incorporar a esta norma legal, y por ende al Código Civil, algunos aspectos de la doctrina de la “real malicia”.

Efectivamente, se propondría, para tal fin, que se incorporen como párrafos de la norma antes citada, cuanto sigue:

“Estará exenta de responsabilidad civil:

- a) la formulación o difusión de informaciones veraces sobre hechos de interés público referidas a funcionarios y personalidades o figuras públicas;
- b) la difusión, por cualquier medio, de información inexacta sobre hechos de interés público que puedan afectar el honor de las personas si se refiere a funcionarios o figuras públicas. Solo quedará comprometida esa responsabilidad civil si el afectado por las informaciones prueba la falsedad de las mismas y el dolo de su autor. Únicamente se entenderán reunidos estos extremos cuando quien se sintiere agraviado demostrare la falsedad de los hechos, la real malicia con que fueron difundidos pese al conocimiento de esa falsedad por el autor o su temerario desinterés por la verdad;
- c) la formulación o difusión, por cualquier medio, de juicios de valor, siempre que estos estén referidos a funcionarios o figuras públicas o a particulares cuando estos se hayan involucrado voluntariamente en cuestiones de interés general. Se entenderá también por juicios de valor las expresiones humorísticas.

d) quienes, en los casos de los apartados a) b) y c), se limiten a la reproducción fiel de información ya vertida por otros medios de difusión o por autoridades públicas o entidades intermedias de cualquier índole, y aun por particulares, si se consigna la fuente. Si esta se mantuviese en reserva, se aplicará lo dispuesto en los apartados más arriba citados”.

Bibliografía

Alterini, Atilio Aníbal. *Responsabilidad Civil, Límites de la reparación civil*. Abeledor Perrot, Argentina, 1979.

Badeni, Gregorio. “*Las doctrinas ‘Campillay’ y de la ‘real malicia’ en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*”. LL 22/6/00.

Bianchi, Enrique Tomás y Gullco, Hernán. *El Derecho a la Libre Expresión*. Editorial Platense, Argentina, 1997.

De Vega Ruiz, José Augusto. *Libertad de expresión. Información Veraz. Juicios Paralelos. Medios de Comunicación*. Unirversitas. España.

Ekmekdjian, Miguel Ángel. *Derecho a la Información*.

Informes anuales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (<http://cihd.oas.org>).

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Estudios Básicos de Derechos Humanos X*.

Massini Correas, Carlos. *Filosofía del Derecho. El*

Derecho y los Derechos Humanos. Abeledo Perrot, Argentina, 1994.

Ramón D. Pizarro. *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación.*

Travieso, Juan Antonio. *Derechos Humanos y Derecho Internacional.* Heliastra. Argentina, 1995.

Trigo Represas, Félix y Stiglitz, Rubén. *Derecho de Daños.* Ediciones La Rocca, B.A.S. 1989.

5. La presunción de inocencia en el nuevo Código Procesal Penal: ¿Colisiona con las disposiciones del artículo trece de la Convención Americana sobre Derechos Humanos?

*Luis Fernando Royg**

Introducción

Para los efectos de una mejor y cabal comprensión del tema por desarrollar en el presente trabajo, es necesario hacer algunas precisiones relacionadas con las normas del derecho positivo nacional paraguayo.

En tal sentido, es pertinente señalar que el nuevo Código Procesal Penal -Ley 1286/96- de la República

* Luis Fernando Royg Benítez es miembro del Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial, Laboral, Criminal y de la Niñez y la Adolescencia, Segunda Sala de la Circunscripción Judicial de Itapúa, Paraguay. Profesor de la Cátedra de Derecho Procesal Penal, en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, Sede Regional Itapúa. Profesor de la Cátedra de Revista del Derecho en la Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de Itapúa.

de Paraguay fue sancionado por la Cámara de Senadores el 26 de mayo de 1998, y por la Honorable Cámara de Diputados el 8 y el 10 de junio de 1998, promulgándose como ley el 8 de julio de ese mismo año.

De acuerdo con el artículo 505 de dicha ley, la entrada en vigor de la misma se estableció para un año después de su promulgación, esto es, el 9 de julio de 1999. Sin embargo, el 25 de junio de 1999 se promulgó la Ley 1444, que regula el período de transición al nuevo sistema procesal penal, más conocida como Ley de Transición, por cuyo artículo 18 se derogó expresamente el artículo 505 de la Ley 1286 previamente citada, disponiéndose entonces que el 9 de julio de 1999 entraría en vigencia, en forma parcial, el nuevo Código Procesal Penal, y que solo hasta el primero de marzo del año 2000 entraría en vigencia plena la Ley 1286.

El trabajo que se desarrollará apunta a examinar las disposiciones contenidas en el último párrafo del artículo 4 de la citada Ley 1286 -nuevo Código Procesal Penal-, específicamente en lo que respecta a las facultades discrecionales otorgadas al juez penal con incidencia directa respecto a la libertad de expresión, en relación con las disposiciones contenidas en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El motivo de esta investigación se basa en que, en la práctica, se han originado situaciones que han enfrentado a los jueces penales con los medios de comunicación que cubren el área de noticias judiciales. Dicho enfrentamiento se ha producido cuando los

jueces, fundados en las facultades que les otorgan las disposiciones del nuevo Código Procesal Penal, pretenden limitar las informaciones a los medios de comunicación y, como es lógico suponer, la reacción por parte de los periodistas no se ha hecho esperar, alegando que dichas limitaciones o restricciones no son otra cosa que una velada censura previa al derecho a la libertad de expresión contemplada en los Tratados Internacionales y en la propia Constitución de la República.

Esta situación ha generado que los medios de comunicación avocados a la información del área judicial conduzcan investigaciones paralelas a aquellas que realizan los organismos de seguridad pública, el Ministerio Público y la judicatura, con publicaciones de datos y conclusiones que, en muchas ocasiones, se contraponen a aquellas alcanzadas por estas últimas. Así, se genera un enfrentamiento entre quienes defienden, por un lado, la libertad de expresión, de prensa y el derecho a la información y, por el otro, los partidarios de una regulación de la publicidad del proceso, invocando, *inter alia*, el derecho a la intimidad, el principio de inocencia y la protección de un normal desarrollo del juicio.

Así, la polémica sobre el tema se ha instalado y el choque de intereses irá subiendo de tono. Por ello, es imperioso conciliar los bienes jurídicos que están en juego con respecto a la publicidad del nuevo proceso penal, tales como libertad de prensa, la transparencia de las actuaciones judiciales, la imparcialidad de los jueces, el derecho a la intimidad, la protección de

personas que se encuentran en situaciones de riesgo o vulnerabilidad, entre otros.

Con el fin de lograr tal conciliación, es necesario analizar la norma en cuestión y establecer sus alcances, sus modalidades de convivencia con otras normas, así como sus consecuencias, todo ello dentro del marco del derecho a la libertad de expresión como parte integrante, e incluso fundamental, de los derechos humanos nacional e internacionalmente reconocidos.

Análisis de la disposición cuestionada del Código Procesal Penal

El artículo 4 del Código Procesal Penal paraguayo que, como ya se mencionó, entró en vigencia plena desde el 1 de marzo del 2000, consagra el “principio de inocencia”, establecido a su vez en la propia Constitución de Paraguay de 1992 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El artículo del mencionado Código, textualmente, dice lo siguiente:

“PRINCIPIO DE INOCENCIA. Se presumirá la inocencia del imputado, quien como tal será considerado durante el proceso, hasta que una sentencia firme declare su punibilidad.

Ninguna autoridad pública presentará a un imputado como culpable o brindará información sobre él en ese sentido a los medios de comunicación social.

Sólo se podrá informar objetivamente sobre la sospecha que existe contra el imputado a partir del auto de apertura a juicio.

El juez regulará la participación de esos medios, cuando la difusión masiva pueda perjudicar el normal desarrollo del juicio o exceda los límites del derecho a recibir información”.

De la anterior norma interesa analizar, para los fines de este trabajo, su último párrafo, que evidentemente tiene estrecha relación con las facultades del juez de regular la participación de los medios de comunicación social en los procesos de carácter jurisdiccional.

Para tal fin, es pertinente preguntar si el texto del artículo 4 del Código Procesal Penal paraguayo, en la forma en que está redactado, vulnera o no, las disposiciones del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Así, para iniciar el análisis del artículo mencionado, debemos necesariamente ubicarnos en el contexto en que se halla consignado. En efecto, desde esa perspectiva, es necesario señalar que el artículo 4 del Código Procesal Penal fundamentalmente consagra el “principio de presunción de inocencia”, explicitando en qué consiste ese estado procesal, cómo debe considerarse al imputado durante el proceso y cuándo termina el estado de presunción de inocencia. Asimismo, establece que ninguna autoridad pública presentará al imputado como culpable o brindará información sobre él en ese sentido a los medios de comunicación social.

Lo anterior significa que la *voluntas legis* que se desprende de esta disposición tiene como fin el que la persona que es imputada de un hecho punible no puede ser considerada, ni presentada como culpable del hecho

que se le atribuye, e incluye para tal propósito –la presunción de inocencia del imputado- la prohibición que tienen las autoridades de presentar a los medios de comunicación social información que sugiera la culpabilidad del encartado.

El sentido de esta disposición está plenamente ajustada a las exigencias que protegen los derechos inalienables de toda persona de ser preservada en su carácter de inocente y no de culpable, *ab initio*, en el proceso penal. Lo contrario atentaría no solo contra otros principios fundamentales como el “debido proceso” y el “juicio previo”, sino con lo estipulado en las Declaraciones Universal de Derechos Humanos y Americana de Derechos y Deberes del Hombre, así como con lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹.

Vale decir que no se pretende cuestionar en absoluto en este trabajo el “Principio de Presunción de Inocencia”, sino analizar si las “facultades” que otorga al juez el último párrafo del artículo 4 del Código Procesal Penal de Paraguay, colisionan o no con la libertad de expresión consagrada en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Por ello, la hipótesis que sostenemos en este trabajo es que el último párrafo del artículo 4 del Código Procesal Penal es violatorio del derecho a la libertad de expresión conforme al artículo 13 de la Convención

¹ Artículo XXVI de la Declaración Americana, artículo 11 de la Declaración Universal, artículo 8 párrafo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 14 párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Americana sobre Derechos Humanos, considerándose a éste último instrumento como ley nacional de Paraguay –Ley 1/89- y por lo cual su inaplicación por parte de los jueces y tribunales del país constituiría una clara violación a la mencionada Convención².

En tal sentido y partiendo de la consideración gramatical y semántica de la frase inicial del último párrafo del artículo 4 -"El juez regulará..."-, podemos percatarnos de que la palabra "regulará" está siendo usada como verbo. De esta forma, según el "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual" de Guillermo Cabanellas, la palabra "regular" usada como verbo significa: "*Establecer regla, norma o pauta. Ajustar. Computar. Poner en orden*". Si esto es así, al emplear la frase "el juez regulará...", se puede interpretar que se está diciendo que: "el juez establecerá reglas.... establecerá normas..... o establecerá pautas...". Es decir, la norma en cuestión faculta al juez para establecer, a su discreción, reglas o pautas para que los medios de comunicación social participen de los procesos o en los juicios penales.

De esta forma, se puede interpretar que esa facultad discrecional concedida a los jueces para establecer normas o pautas a la actuación de los medios de comunicación en un proceso penal puede convertirse en un mecanismo de censura previa si se aplica de manera desproporcionada, con lo que potencialmente se estaría atentando contra el derecho a la libertad de expresión.

Cabe señalar ahora que, en la mayoría de los países que viven en un Estado de Derecho, las normas

² CADH, artículo 2.

procesales penales permiten el acceso de los medios de comunicación a los juicios orales y públicos, pues es sabido que el principio de publicidad se halla íntimamente unido al principio de la oralidad en los juicios penales.

Ahora bien, es un principio extensamente reconocido que la administración de justicia debe ser transparente, y la única manera de lograr ese anhelado objetivo es posibilitando la participación de la prensa, a través de todos sus medios, para publicitar el modo en que los jueces y los tribunales cumplen con su deber legal de impartir justicia. De esta forma, si la actuación de los jueces es transparente, la administración de justicia logrará ser confiable. Para lograr transparencia es preciso que las actuaciones de los jueces sean conocidas por la comunidad a través de los medios de comunicación, sin limitaciones o censuras de ninguna naturaleza, salvo aquellas razonablemente establecidas y que no atenten contra el interés social en el disfrute y ejercicio pleno del derecho a la libertad de expresión³.

En este contexto de la publicidad de los procesos penales por parte de los medios de comunicación, y, específicamente, sobre la intervención de la televisión en las salas de audiencias en los juicios penales, existe una interesante publicación del profesor Alberto Bovino, titulada “Ponencia presentada al Seminario sobre Derecho Penal y Medios de Prensa”⁴, en donde

³ Tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, en sus artículo 13 y 19 respectivamente, establecen limitaciones a la libertad de expresión, como son la protección de la seguridad nacional, el orden público, la moral o la salud públicas o para garantizar el respeto a la reputación y a los derechos de los demás.

⁴ Seminario dirigido por el Profesor Julio B. J. Maier, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, durante el ciclo lectivo de 1996.

analiza los fundamentos del principio de publicidad del juicio penal, entre otros, y expone que: “La respuesta más usual acerca del fundamento del principio de publicidad reviste un carácter claramente político: ‘El proceso judicial, como todo acto de un gobierno republicano, debe ser público, o sea, sus diferentes pasos deben estar abiertos al conocimiento directo e inmediato de la población en general’”, y añade el profesor Bovino que “la publicidad en el juicio penal es, además y principalmente, una garantía del imputado”, por lo que concluye este autor que, “al conjugarse estos dos elementos la publicidad en el juicio penal se constituiría, al mismo tiempo, en un *derecho del imputado* y en un *derecho de las personas extrañas* al caso de asistir al juicio para controlar los actos de la administración de justicia”.

En este mismo sentido, se sostiene que la publicidad es esencial en un régimen republicano, pues este exige que todos los funcionarios públicos sean responsables ante el pueblo soberano a quien representan, y esa responsabilidad no puede hacerse efectiva, en toda su extensión, si sus actos no se realizan públicamente⁵. Y esto es así “como consecuencia de la forma republicana de gobierno, en donde la publicidad es como una facultad de los miembros de la comunidad para controlar a todos aquellos que, de un modo u otro, deciden los destinos de las personas gobernadas”⁶.

De esta forma, los medios de comunicación, al ser

⁵ En este sentido véase CIDH, “Informe sobre la Compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Numeral IV, inciso B) párr. 1.

⁶ En ese sentido véase “Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión, 1999, capítulo II Inciso B punto 3. En Informe Anual de la CIDH, 1999.

hoy quienes de una forma importante permiten el acceso inmediato del ciudadano común a las actividades que desarrollan los funcionarios del Estado, juegan un papel fundamental en el proceso de control del ejercicio del poder público, del cual no debe escapar la administración de justicia que, como parte del poder público, debe ser necesariamente controlada por el pueblo.

Por ello, la situación actual de nuestros tribunales, que limitan el ingreso de los medios de comunicación a los juicios, no parece satisfacer las exigencias de un principio tan importante, según vimos anteriormente, como es el de la publicidad en el juicio penal dentro de una sociedad republicana.

En cuanto a la publicidad del juicio penal, no está fuera de dudas que la actuación de los medios de comunicación debe estar sujeta a reglas y, frente a cualquier conflicto entre la necesidad de difusión masiva, o para preservar los intereses de la justicia o los derechos fundamentales del imputado, estos últimos deben prevalecer⁷.

Continuando con nuestro análisis, podemos observar que el párrafo cuestionado indica que el juez regulará (establecerá pautas) “...la participación de esos medios...”. La palabra “participación”, en este caso, es sinónimo de “intervención”. Es decir, que el juez deberá establecer pautas o reglas para que los medios de comunicación social puedan intervenir en el proceso penal, añadiendo que ello ocurrirá “cuando...la

⁷ Ver artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

difusión masiva puede perjudicar el normal desarrollo del juicio...”.

En este aspecto cabe determinar en qué casos la difusión masiva de información sobre un juicio penal puede perjudicar el normal desarrollo de éste. Algunos autores mencionan que este supuesto se da cuando se proyectan imágenes que buscan impresionar los sentimientos y las emociones del público y así, por medio de una opinión pública condicionada, presionar a los jueces.

Sin embargo, si admitiéramos como verdadera la precedente afirmación, igualmente tenemos que admitir la facilidad con que los jueces pueden ser “presionados”, lo que conllevaría a no reconocer la personalidad y suficiente equilibrio emocional que tienen los jueces para no dejarse presionar por nada y por nadie, lo cual es una *conditio sine qua non* para ocupar un cargo en la judicatura, y que apunta a preservar la independencia y autonomía del Poder Judicial y de sus miembros.

Ahora bien, ¿puede acaso un juez, antes de ocurrir un caso en que alguien quisiera afectar el normal desarrollo del juicio, dictar reglas de participación limitada a los medios de comunicación para evitar previamente tener que ser “presionado”, o en otros términos, “influenciado” en el proceso? Pensamos que no, pues el propio Código Procesal Penal en su artículo 372, entre otros, proporciona al juez el poder de disciplina para poner orden en el extremo de que alguien pretendiera perjudicar el normal desarrollo del juicio en el transcurso de éste, es decir, el juez penal tiene el poder legal para establecer una especie de

“responsabilidad ulterior” a quien haya intentado minar el curso normal del proceso. Por ello, no se justifica que se pretenda, con carácter previo, limitar o restringir el derecho a la información, pues ello conlleva la posibilidad de que se produzca una censura previa, que está expresamente prohibida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Constitución Nacional⁸.

Finalmente, el último párrafo del artículo 4 del Código Procesal Penal dispone que el juez regulará la participación de los medios de comunicación en los procesos penales cuando “exceda los límites del derecho a recibir información”.

De aquí se desprende que de acuerdo con la redacción mencionada, el derecho a recibir información y, por consiguiente, el derecho a la libertad de expresión tiene límites, pero dichas limitaciones están expresamente establecidas en la Convención Americana⁹, por lo que, en todo caso, el juez no podrá actuar discrecionalmente para determinar los límites al derecho a la libertad de expresión¹⁰.

Cabe concluir este capítulo con las ideas del doctrinario Ernst Beling, que en 1943 afirmó que: *“el principio de publicidad en el proceso, puede ser objeto de algunas reticencias, ya que si el juicio no es*

⁸ Véase artículos 13 de la CADH y artículo 26 de la Constitución Nacional de Paraguay.

⁹ Según el párrafo 2 del artículo 13 de la CADH los límites a la libertad de expresión son: el derecho a la reputación y los derechos de los demás, y la protección de la seguridad nacional, el orden público y la moral o la salud públicas.

¹⁰ Véase artículo 13.2 de la CADH. También Corte IDH, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas”, Opinión Consultiva OC-5/85 párrs. 35, 36, 37, 38, 39 y 40.

manejado adecuadamente por el tribunal, puede ser manipulado ilegalmente para burlar el derecho material -la pena como retribución del injusto-, puede poner en peligro los debates ante el abuso de las masas y los medios de prensa; asimismo, la publicidad del juicio puede perjudicar el honor del imputado, de los testigos y de la víctima. Pero, aún con los riesgos que entraña frente a la posible vulneración de los derechos fundamentales de la víctima, el imputado o los testigos y frente a la posible tergiversación del proceso, pesa más la razón del interés común, de administrar justicia ante el pueblo, demostrando que no hay nada que ocultarse. También constituye un forma de educar a la población”¹¹.

Análisis comparado de las disposiciones pertinentes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Constitución de la República de Paraguay

El artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece:

“1.- Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir, y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2.- El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura

¹¹ Beling, Ernst. “Derecho Procesal Penal”, Editorial Labor S.A. Barcelona, 1943.

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”.

Así, se desprende del artículo previamente citado, que el derecho a la libertad de expresión implica no solo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, poniéndose así de manifiesto dos dimensiones de este derecho: una de carácter individual, que no se agota con el derecho a hablar o a escribir, sino que comprende también el derecho a utilizar cualquier medio para difundir el pensamiento y hacerlo llegar a la mayor cantidad de personas posible; y la otra, de carácter colectiva o social, que consiste en facilitar el intercambio de ideas e informaciones y la comunicación masiva entre seres humanos. El derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista, implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Es por ello que cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, se viola también el derecho de todos a “recibir” informaciones e ideas, por lo que ambas dimensiones deben ser garantizadas simultáneamente¹².

¹² Véase, Corte IDH, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas”, párrs. 30, 31, 32 y 33. También en Corte IDH, casos “La Última Tentación

De aquí se colige que la tácita facultad discrecional del juez penal dispuesta en el último párrafo del artículo 4 de la Ley 1286, implica una potencial violación a la libertad de expresión en tanto que, por un lado, podría manifestarse a través de impedir que los periodistas lleven a cabo sus funciones a cabalidad, evitando así que se mantenga informada a la sociedad, requisito indispensable para que esta goce de una plena libertad¹³ y, por otro lado, tal facultad discrecional contraría lo dispuesto en el artículo 13 de la Convención Americana, pues el ejercicio de esa facultad podría cristalizarse en una censura previa, terminantemente prohibida por la misma Convención¹⁴, o bien, cuando ejercitando tal discrecionalidad no incurra en tal censura previa, pero si restringa la libertad de expresión mas allá de las situaciones permitidas por el propio artículo 13 en su párrafo 2 incisos a) y b)¹⁵, o estableciendo una responsabilidad ulterior en contravención con los requisitos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para establecerla de manera legítima¹⁶.

de Cristo”, párrs. 64, 65, 66 y 67 y Caso Ivcher Bronstein (Baruch Ivcher Bronstein vs. Perú) Sentencia de 6 de febrero de 2001 párrs. 146, 147, 148 y 149 y CIDH, Informe 11/96 Caso 11.230 Chile (Martorell) párrs. 53 y 54.

¹³ Véase Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein, párr. 150. Además, Caso “La Última Tentación de Cristo”, párr. 68 y Corte IDH, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas”, párr. 70.

¹⁴ Véase Corte IDH, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas”, párr.38 y Caso “La Última Tentación de Cristo”, párr. 71 y CIDH, Informe 11/96 Caso 11.230 Chile (Martorell) párrs. 55 y 56.

¹⁵ El artículo 13.2 de la CADH dispone que “El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a censura previa sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar; a) el respeto a los derechos y la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la moral o la salud públicas”.

¹⁶ Véase Corte IDH, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas”, párrs. 39 y 40.

El problema en el ámbito del sistema interamericano no radica en un eventual conflicto derivado de la salvaguarda del “principio de presunción de inocencia”¹⁷ en donde se encuadra el cuestionado último párrafo del artículo 4 de la Ley 1286, sino en su discrecionalidad. En efecto, el hecho de alegar una restricción a la libertad de expresión en aras de la protección del principio de la “presunción de inocencia” con base en el “respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o la “protección del orden público o la moral o la salud públicas”¹⁸ en un contexto propio y comprobado de un “interés público imperativo” basado en las “justas exigencias” de una “sociedad democrática” es correcto de acuerdo con las normas y jurisprudencia del sistema interamericano¹⁹. El problema emerge por el peligro del ejercicio de la discrecionalidad con la que ha sido investido el juez, que –como vimos en el párrafo anterior– por su propia naturaleza, en cualquier momento podría sobrepasar las salvaguardas establecidas por el derecho positivo y la jurisprudencia del sistema interamericano²⁰, con el fin de preservar el pleno ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Por su parte, en la Constitución de la República de Paraguay se consagra también el derecho a la libertad

¹⁷ Este principio también ha sido consagrado en el artículo 8 párrafo 2 de la CADH.

¹⁸ Ver artículo 13.2 incisos a) y b) de la CADH. Además, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la CADH reconoce que pueden existir limitaciones cuando los distintos derechos protegidos en la misma se hallan en conflicto. Véase en este sentido CIDH, Informe 11/96 Caso 11.230 Chile (Martorell), párr. 62.

¹⁹ Ver Corte IDH, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas”, párrs. 46, 66 y 67.

²⁰ Recordemos que esas salvaguardas están establecidas en el párrafo 2 incisos a) y b) del artículo 13 de la CADH y en los párrafos 39 y 40 de la Opinión Consultiva OC-5/85.

de expresión en su artículo 26, mismo que dispone lo siguiente:

“(…)Se garantizan la libre expresión y la libertad de prensa, así como la difusión del pensamiento y de la opinión, **sin censura alguna**²¹, sin más limitaciones que las dispuestas en esta Constitución; en consecuencia, no se dictará ninguna ley que las imposibilite o las restrinja(…)”.

Es claro, entonces, que la Constitución solo permite aquellas restricciones a la libertad de expresión que estén contempladas en ella misma, y por consiguiente, debemos entender que ninguna otra ley podrá restringir o limitar este derecho. De esta forma, la facultad discrecional tácitamente establecida en el último párrafo del artículo 4 de la ley 1286 es, también, inconstitucional, pues es una disposición que, a todas luces, restringe la libertad de expresión y no proviene de una norma constitucional, sino de una Ley, contraviniendo así el artículo 26 de la Constitución.

Por último y a manera de ilustración, cabe señalar que en los Códigos Procesales Penales de El Salvador y de las provincias de Buenos Aires y de Misiones, estos dos últimos de la República Argentina, no se consagra una disposición como la que contiene este nuevo Código Procesal Penal paraguayo, sino simplemente se establece el “principio de presunción de inocencia” del imputado, que será considerado así hasta que una sentencia firme declare su culpabilidad, pero no agregan más respecto a la facultad que se otorga a los jueces para permitir o excluir a los medios de comunicación en los procesos penales.

²¹ El subrayado es nuestro.

Conclusión

En nuestra opinión, la redacción del párrafo cuarto del artículo 4 del nuevo Código Procesal Penal de Paraguay, al facultar de manera discrecional al juez para regular la participación de los medios de comunicación en el proceso penal, aún cuando sea en aras de salvaguardar el principio de presunción de inocencia, constituye una violación a la libertad de expresión, por cuanto ni los medios de comunicación, ni periodistas o comunicadores sociales, deben depender del criterio de algún juez que, en el ejercicio de tal facultad discrecional de regular la intervención de la prensa, restrinja o cierre indebidamente información a la prensa y, en definitiva, a la sociedad en general.

Asimismo, considerando que tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como la Constitución paraguaya son modelos de respeto a la libertad de expresión al consagrar este derecho sin trabas de ninguna índole, en contraposición con el nuevo Código Procesal Penal que deslizó una peligrosa facultad en favor de los jueces que les autoriza a restringir de manera discrecional ese derecho, la única conclusión posible es que se hace absolutamente necesaria la derogación del párrafo cuarto del artículo cuarto del Código Procesal Penal, pues constituye una violación a la Constitución y una trasgresión a la Convención Americana sobre Derechos Humanos que podría comprometer la responsabilidad internacional del Estado paraguayo con base en los artículos 1.1 y 2 de ese instrumento.

6. Principio de inocencia y libertad de expresión

*Jorge Rolón**

*Rossana Gómez***

Introducción

Después de diez años de iniciado el proceso democrático en nuestro país, la problemática de la libertad de expresión ha adquirido otros matices. Las denuncias acerca de atentados contra la libertad de

* Jorge Rolón Luna es abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción. Juez Electoral del Segundo Turno de Asunción. Profesor de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción y del Colegio de San José. Curso de Postgrado en Derecho Internacional, Università Degli Studi di Roma. Curso de Postgrado sobre International Journalism, City University of London. Curso de verano, Oxford University International Human Rights Law. Miembro de la Comisión Redactora del Anteproyecto de Ley de Ejecución Penal y Organización Penitenciaria por el Ministerio de Justicia y Trabajo. Miembro asesor de la Comisión Redactora del Anteproyecto de Reforma del Sistema Electoral paraguayo por la Justicia Electoral.

** Rossana Gómez es Licenciada en Ciencias de la Comunicación por la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción. Es coautora del libro "Periodismo Electoral", material publicado por el Sindicato de Periodistas del Paraguay en 1998. Fue periodista del Diario Última Hora desde 1991 hasta 1995. Actualmente trabaja como coordinadora adjunta de la Unidad de Comunicación del Poder Judicial del Paraguay.

expresión, ya sean hechos de censura o amenazas a periodistas, ya no son tan frecuentes como en el pasado¹.

Sin embargo, con frecuencia se presentan obstáculos en cuanto al tratamiento de la información, entre las que resaltan las dificultades para ejercer el derecho de réplica, la desprotección de los derechos al honor y la intimidad de las personas, especialmente cuando esos casos involucran a individuos comunes sospechosos de cometer delitos como hurtos y asesinatos. Así, aparece la gran vulnerabilidad del principio de inocencia.

Si bien no existe un diagnóstico acabado que avale tal hipótesis, en foros y discusiones públicas este problema se manifiesta, lo que señala la necesidad de evaluar el trabajo periodístico en relación con el quebrantamiento del principio de inocencia como derecho humano fundamental: *“principio jurídico que no puede ser vulnerado injustificadamente en el ejercicio del derecho a la información”*².

¹ *“En el Paraguay, si bien se siguen dando situaciones aisladas que atentan contra la libertad de expresión y de prensa por parte del Estado, el principal problema radica en el manejo que hacen de la noticia los propietarios de los medios de comunicación social, especialmente en esta etapa de turbulencia política ante las próximas elecciones nacionales de mayo de 1998, respondiendo a intereses de diversos sectores políticos”*, señala Armando Sostoa Luraghi en: *Temas fundamentales de Derecho de la Información en Iberoamérica*, compilado por José Carreño y Ernesto Villanueva, Universidad Iberoamericana. Biblioteca Francisco Xavier Clavijero, España, 1998. Pese a referirse a otra temática (información política y electoral), el párrafo citado sirve para indicar la preocupación que existe en el país sobre el tratamiento de la información.

² Sáenz Zumbado, Luis. *“Derecho a la Información y la Cobertura de los procesos judiciales”*, en *Derecho a la Información y Garantías Procesales*. Proyecto Mejora de la Administración de Justicia y su Adaptación al Sistema Penitenciario. Comp., San José, Costa Rica, 1997.

Cabe destacar que este problema no encierra solo un componente jurídico, sino también uno ético y de responsabilidad frente a la difusión de información, debido, muchas veces, al carácter sutil de la presentación de la noticia, que deriva de un proceso constructivo del mismo hecho noticioso. La construcción de la narración implica la participación de un sujeto, en este caso del periodista, y por tanto también una postura frente al acontecimiento. Así, muchos artículos pueden utilizar términos que indiquen que solo existen sospechas hacia la persona, como presunto, supuesto, etc., pero aún así ofrecer una estructura lingüística que presenta al acusado como culpable.

Estamos conscientes de que el tema del respeto al principio de inocencia por parte de los medios, es un muy complejo e involucra a los órganos jurisdiccionales, a los medios de comunicación, a la opinión pública y a los individuos.

Dice un autor que: *“El tema proceso, prensa y opinión pública nos ubica necesariamente frente a tres cuestiones:*

- 1. Por un lado los **procesos**, verdadera base de la función judicial del Estado.*
- 2. Por otra parte **la opinión pública**, de fundamental trascendencia en los sistemas democráticos y republicanos.*
- 3. Por último, aquello que puede considerarse un puente entre ambos: **la prensa**, dado que es el canal natural tanto para dar publicidad a los*

actos de gobierno como para reflejar el sentir de la comunidad a través de sus críticas”³.

Sigue diciendo el mismo autor que: *“En este momento, en que los medios de comunicación se ocupan tanto de lo que ocurre en la justicia, encarar esas cuestiones se presenta como algo verdaderamente apasionante. Ese flujo del proceso al público y del público al proceso mediante la prensa es, justamente, el fenómeno que tenemos que analizar y que adquiere ribetes más significativos en la medida en que avanza la tecnología al servicio de la difusión de información y de opiniones. Como todo acontecer muy importante, no solamente es interés describirlo sino también realizar un análisis valorativo, y en su caso, proponer aquellas ideas que puedan colaborar a que, en relación a él, se eviten consecuencias perjudiciales, se mejore la calidad de vida y se consiga un más adecuado funcionamiento de las instituciones”⁴.*

Cuando hablamos de los derechos individuales y de la función jurisdiccional del Estado frente a la libertad de información que tutela nuestra Constitución y sus leyes respectivas, no pretendemos enfrentar ambos extremos de esta cuestión. No es, o no debería ser la disyuntiva, “proceso vs. opinión pública”: “Desde cierto punto de vista se puede sostener que los procesos judiciales pueden verse influidos por la opinión que el público elabora sobre aquello que se ventila en los juicios. Se ha llegado a hablar, incluso, de **procesos paralelos** sobre un mismo hecho: por un lado, el que se desarrolla dentro del marco institucional del Estado, y

³ Superti, Hector C. *Derecho Procesal Penal. Temas Conflictivos*. Editorial Juris, Rosario, Argentina, 1998, pág. 137.

⁴ *Ibídem*, pág. 138.

por otro el que se desencadena directamente en la opinión pública. Algunos han entendido que este ‘doble proceso’ es una **inaceptable interferencia** a la función judicial, pues afecta la imparcialidad e independencia de quienes deben juzgar. Pero, desde otro enfoque, no puede dejar de afirmarse que en cualquier sistema republicano es ineludible la publicidad y crítica de los actos de gobierno. En este sentido debemos recordar que el proceso y las sentencias que se dictan tienen esa naturaleza. Esa publicidad, que se obtiene fundamentalmente en los juicios orales, es una **garantía innegable** – paradójicamente – de la independencia e imparcialidad del órgano convocado a juzgar. Un **juez**, frente a presiones políticas, económicas, etc., es más vulnerable en la soledad de su despacho que en una audiencia oral y pública, donde la prueba y los alegatos de las partes son conocidas por la comunidad, y por lo tanto las decisiones tendrán el respaldo de que todos saben de qué se trata. El fenómeno se presenta entonces como **aparentemente contradictorio** y necesariamente polémico debido a que, desde cada enfoque, vemos cómo la publicidad favorece o entorpece la independencia e imparcialidad del órgano jurisdiccional. Así como algunos quieren poner una barrera a la publicidad y a la opinión del público, otros luchan exactamente por lo contrario, y ambos levantan las “mismas banderas”: **la autonomía e imparcialidad del Tribunal**. ¿Es entonces, como dicen muchos, **el dilema opinión pública vs. proceso?** Aceptar ese ‘enfrentamiento’ es pensar que ante el tema en análisis hay que optar entre “salvar el proceso” enervando su publicidad y callando a la opinión pública o “salvar la participación ciudadana” a costa del

proceso. ¿Es posible, por el contrario una armónica convivencia de ambos extremos? Lo que sí es innegable es la relación recíproca entre proceso y opinión pública y viceversa, fundamentalmente a través de la prensa”⁵.

El principio de inocencia como garantía

Entendemos que el principio de inocencia es un derecho individual que protege la salud psíquica, la dignidad y el honor de las personas. A través de su vigencia, se busca no sólo que las personas puedan defenderse dentro de un proceso judicial –que se defiendan del Estado y de sus agentes- sino que puedan defenderse dentro de un marco más amplio, puesto que, ante la dimensión que hoy en el mundo moderno han adquirido los medios masivos de comunicación, la defensa de los derechos del individuo deben ser protegidos de manera más amplia.

El principio de inocencia, dice Vélez Mariconde⁶, tiene su raíz ideológica en la “*Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*”, la cual, en lo que atañe a esta cuestión, reaccionaba “*contra el sistema procesal en vigencia (inquisitivo) con anterioridad a la Revolución Francesa*”⁷, estableciendo que “*presumiéndose inocente a todo hombre hasta que haya sido declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea*

⁵ Ibídem, Págs. 138-140.

⁶ Vélez Mariconde, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*, T. II. Editorial Lerner, Córdoba, 1986, Pág. 30.

⁷ Balcarce, Fabián I. *Presunción de Inocencia. Crítica a la posición vigente*. Marcos Lerner Editora, 1996, Córdoba, Pág. 15.

necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley”⁸.

Más allá de las distintas posiciones doctrinarias con respecto a este principio, disquisición que no será objeto de este trabajo, entendemos con Balcarce que: *“El principio de presunción de inocencia es una garantía constitucional procesal penal, protectora de un derecho esencial del individuo que, a través de una ficción legal, impone un mandato al órgano jurisdiccional, el cual consiste en reconocer, (juzgar) inocente al individuo hasta el momento en que un acto complejo (sentencia firme), modifique tal circunstancia (...). Es una garantía del derecho procesal penal, estructurada como una ficción legal, de raigambre constitucional, que surge de la aplicación del dogma **nulla poena sine iudicio** al proceso penal, limitando la potestad preventiva del Estado; realizada a través de sus órganos jurisdiccionales predispuestos; impidiéndoles toda medida que ontológicamente importe un prejuzgamiento (jurídico formal) perjudicial para el individuo (como por ejemplo el Auto de Procesamiento que se basa en una presunción de culpabilidad –probabilidad dice la doctrina-, o, en menor medida el Auto de Falta de Mérito, el que se fundamenta en la duda acerca de esa culpabilidad penal), o un adelanto de pena, so pretexto de aseguramiento de la verdad real y de la efectiva aplicación de la ley penal sustantiva, exigiendo a legislador pertinente, medidas cautelares coherentes; y no desproporcionadas; con la entidad de lo que se*

⁸ Artículo 9.

pretende asegurar -el Proceso-”⁹. Continúa diciendo Balcarce que a través de este principio: “...se cumplirá con la finalidad esencial que un siglo atrás marcara Carrara: frenar la arbitrariedad tanto del legislador como la del magistrado”¹⁰.

Como vemos, este principio posee una profunda raigambre procesal penal, aunque con el tiempo, se haya constituido en una garantía, que va más allá de lo que los revolucionarios franceses entrevieron en un primer momento. Lejos estaban de adivinar lo que hoy día constituirían los medios de comunicación: una nueva forma de poder, a veces tan fuerte como de la que están investidos el legislador y el juez, poder del que se quiso, en un primer momento, proteger al individuo, en especial de la propensión de los mismos a incurrir en actos arbitrarios, como era el temor de Carrara.

Pero no se trata únicamente de la posibilidad de la arbitrariedad o de la malicia por parte de los medios, el problema es mucho más complejo, tal como lo reseña Cafferata: “Y hay un fenómeno que no me atrevo todavía a calificar de positivo o negativo para la reforma procesal, cual es el papel que tienen hoy los medios de comunicación y su influencia sobre el proceso penal, no solamente por la difusión masiva de los procesos o de las meras imputaciones (...) Sobre esto último quiero ser absolutamente claro: a mí no me parece mal que conductores o empresas periodísticas, si consideran que es bueno para la opinión pública o solo para ganar la guerra del ‘rating’, hagan un proceso paralelo y lleven a la opinión pública a anticipar una

⁹ Balcarce, Fabián I., Págs. 56 y 71-72.

¹⁰ *Ibidem*, pág. 72.

condena o absolución social. Pero frente a ello resulta imprescindible que haya en el Poder Judicial en serio, un proceso penal verdadero en donde la justicia investigue el delito y se juzgue imparcialmente a los acusados, de acuerdo con la prueba y con la ley, aun en contra de la opinión de los periodistas o de la gente. He escuchado decir por ahí que la garantía última del sistema democrático y del Estado de derecho son la prensa independiente y la justicia independiente, y creo que quien lo dijo tiene mucha razón: el tren del Estado de Derecho debe correr sobre esos dos rieles. Pero no hay que olvidar que este figurado tren sólo va a poder correr en la medida que esos rieles sigan paralelos y que no puedan juntarse. Quiero decir que nunca la condena social generada por la prensa independiente podrá influir sobre una condena judicial, ni mucho menos determinarla. Porque el día que esto empiece a ocurrir, cuando estos rieles comiencen a juntarse, no hace falta que se junten, sino sólo que comiencen a hacerlo, el Tren del Estado de derecho va a descarrilar. *Tiene que existir la más absoluta libertad de prensa, de información y de empresa; tiene que haber la más absoluta libertad de los jueces. Pero también debe existir la más absoluta independencia entre justicia y prensa*¹¹.

Una eventual declaración de inocencia de un individuo acusado de un delito, a veces no es suficiente cuando éste socialmente ha sido condenado. La aplicación del principio de inocencia más allá del proceso busca minimizar las consecuencias de la

¹¹ Cafferata Nores, José I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Editores del Puerto, S.R.L., Buenos Aires, 1997, Págs. 142-143.

instalación en nuestras sociedades de verdaderos *juicios mediáticos*, como los que hemos visto cobrar vida en distintas sociedades contemporáneas. “¿Qué tipo de sociedad resultaría si se partiera del principio opuesto al de la presunción de inocencia? ¿Qué tipo de sociedad aparecería si se partiera de la base de que toda persona es culpable mientras no se demuestre lo contrario?”, se pregunta el profesor Carlos Soria¹².

*“El derecho fundamental a la presunción de inocencia está llamado, pues, a desplegar su contenido en el orden legislativo, en la actividad administrativa, en la actuación procesal y jurisdiccional, y también en situaciones extra-procesales, como son, por ejemplo, las actividades informativas. El derecho a la presunción de inocencia clama por su protección en todos los momentos sociales y jurídicos. La presunción de inocencia se puede caracterizar como un derecho subjetivo público de naturaleza extra-patrimonial, y en consecuencia, como un derecho indisponible en su totalidad. La posibilidad de renunciar voluntariamente a alguno de los derechos menores que integran su contenido, ha de interpretarse siempre de forma restrictiva”*¹³.

Esto nos hace traer a colación el concepto de República, puesto que entendemos que en una República, los distintos órganos estatales tienen asignadas funciones propias de la división del ejercicio del poder. La declaración de culpabilidad de una persona acusada de cometer un delito corresponde,

¹² Soria, Carlos. *El laberinto informativo: Una salida ética*. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, España. 1997.

¹³ *Ibíd.*

exclusivamente, al Poder Judicial. No existe órgano, ni persona, ni estamento que deba reemplazarlo en esa función. La prensa tiene el deber y el derecho de actuar como estricto contralor del ejercicio de las diversas funciones públicas, pero no puede o no debería reemplazarlas¹⁴.

La realidad de una sociedad determinada muchas veces lleva a que se puedan sostener determinadas posiciones y a sostenerlas de forma que podrían aparecer como extremas. Uno de los aspectos conflictivos de esta realidad lo constituye el tratamiento que se hace del fenómeno del delito. Hemos visto que la prensa escrita, cuya labor hemos intentado evaluar a través de una mirada tal vez somera, pero suficiente, aún no ha considerado lo suficiente la obligación y la necesidad que existe de respetar los derechos de las personas que se encuentran supuestamente involucradas en la comisión de hechos delictivos, especialmente cuando se trata de personas comunes, sin ningún cargo público, pero que pública y mediáticamente reciben el título de delincuentes, maleantes, etc. Prueba de ello es el importante número de casos en los que directamente se alude a personas indiciadas, sospechadas, investigadas o procesadas por la comisión de delitos como “delincuentes” o se las presenta como directamente responsables de él o los hechos en cuestión.

Entendemos que eso vulnera lo que disponen normas constitucionales, internacionales y legales vigentes en

¹⁴ “El principio de presunción de inocencia se fundamenta finalmente en el valor de la realización de la justicia. Existe este principio precisamente para que pueda realizarse la justicia”. *Ibíd.*

el país y que se citan a o largo de este trabajo. Si bien es cierto que también existen normas en el sentido de proteger la libre difusión de información y la libertad de expresión de ideas, entendemos que estas últimas deben ceder paso en los casos en que una persona no ha sido declarada como culpable por los órganos competentes para el efecto. Reiteramos, sin embargo, que ello no implica que la prensa no pueda escudriñar de manera pertinaz, crítica, constante, y tenaz la labor de los órganos jurisdiccionales.

Consideramos pertinente referirnos a si la aplicación de las pautas contenidas en el artículo 17.1 de la Constitución son, a su vez, compatibles con las exigencias del derecho a la libertad de expresión, previstas en el artículo 13 de la Convención Americana. Nuestra respuesta es afirmativa siempre y cuando se tenga en cuenta exclusivamente el aspecto de la calidad de no condenado de la persona objeto de investigación judicial. Esto no obsta, por supuesto, a que los medios investiguen los casos de interés público o incluso realicen imputaciones de acuerdo con las pruebas o elementos con que cuenten para realizar las afirmaciones que consideren pertinentes. Esto último es aún más importante cuando se tienen como sujetos de la investigación periodística a personas que cumplen una función pública. Es así que al asumir estas su mayor “visibilidad”, asumen también la condición de que sus actos y sus expresiones pueden ser sometidos al escrutinio público a través de los medios informativos: *“Las responsabilidades por la actuación pública no se agotan sólo en las responsabilidades penales, civiles o administrativas eventualmente probadas. Es precisamente en esa zona no penal, ni civil ni*

administrativa, sino ética y política, donde se sitúa con la máxima legitimidad la función informativa y el periodismo de denuncia”¹⁵. El político o el que ostenta un cargo público no puede invocar con la misma vehemencia garantías, que aquel cuya vida se limita a lo privado. Precisamente, rescatando la diferencia existente entre las garantías que tiene un ciudadano común y aquel que trabaja en la esfera pública, en la que el interés público prima, es que este trabajo los consideró como grupos diferentes.

Algunas cuestiones relativas a la normativa nacional

¿Cuál es el alcance de las facultades que contiene el artículo 4 del Código Procesal Penal, al establecer que el juez “...regulará la participación de esos medios, cuando la difusión masiva pueda perjudicar el normal desarrollo del juicio o exceda los límites del derecho a recibir información”? ¿Incluye dicha facultad la de restringir *preventivamente* la difusión de una noticia que pueda afectar la presunción de inocencia? Entendemos que un juez no puede determinar cuestiones de esta naturaleza puesto que la prohibición de censura previa contenida en el artículo 26 de la Constitución establece la imposibilidad de “censura alguna”. La fórmula constitucional es aún más estricta que la contenida en la misma Convención Americana, por lo que un juez no podrá, bajo ningún punto de vista, limitar difusión de cualquier tipo, aunque pretenda hacerlo para proteger, por ejemplo, la presunción de inocencia.

¹⁵ *Ibidem.*

¿Qué ocurre si se advierte que una noticia, que ya fue publicada, no se ajusta a los criterios de objetividad exigidos por el artículo 4 del Código Procesal? ¿Faculta dicha norma a los jueces a considerar como antijurídica (ya sea desde el punto de vista civil o penal) la mera información inexacta sin tener en cuenta la posible buena fe del informante? Con respecto a esta cuestión, entendemos que no se puede considerar antijurídica la ausencia de objetividad a la hora de presentar la información. La objetividad debe ser una búsqueda constante por parte del informador, pero consideramos inaceptable la determinación de su ausencia por parte del órgano jurisdiccional. ¿Y qué ocurre si el afectado por dicha información es un funcionario o una personalidad pública? Entendemos, en relación con esto último, que la doctrina resultante del caso “New York Times v. Sullivan”, se encuentra incorporada al artículo 13 de la CADH. Ahora, dada esta interpretación, consideramos que la exigencia de objetividad a la hora de presentar una información referida a una persona que ocupa un cargo público, ya sea sospechosa, investigada o acusada de la comisión de un delito, no es compatible con la disposición de la Convención a la que nos hemos referido.

Derecho a informar y preservación del sistema democrático

Es necesario puntualizar que cuando hablamos del *derecho a informar* y de la *preservación del sistema democrático*, estamos hablando básicamente de *bienes jurídicos*. Se entiende que el bien jurídico es todo aquello que se constituye en un fin, valor, beneficio o

utilidad social o individual que es protegido a través de normas jurídicas. Obviamente, para llegar a la decisión de proteger determinado bien, previamente debió darse un proceso de análisis axiológico, valorativo, que llevó a esa conclusión. La cuestión es que en la vida social coexisten una diversidad de bienes jurídicos de diversa naturaleza: la vida, la libertad en sus diversas facetas, el orden, la seguridad, el derecho a la intimidad, el honor y la reputación personal, el ambiente saludable, la propiedad, el derecho al sufragio, entre otros. Su carácter jurídico deviene de la creación de normas legales que se encargan de otorgar protección contra cualquier conducta que pretenda lesionar dichos bienes.

Hablemos entonces, en primer lugar, del bien jurídico llamado “*derecho a informar*”. *Se agrupan bajo este rótulo todos los derechos que tienen por objeto comunicar ideas, opiniones o noticias a los demás*¹⁶, distinguiéndose dos subespecies: “*el derecho a la expresión pública de ideas u opiniones y el derecho a la transmisión pública de noticias*”¹⁷.

De acuerdo con el autor citado precedentemente, el ámbito de ejercicio de este primer derecho es “*...amplísimo y abarca las expresiones políticas, religiosas, éticas, técnicas, científicas, artísticas, ideológicas, económicas, etc*”¹⁸. La prensa lo ejerce a través de los comentarios, los editoriales o las columnas de los periodistas. Su enorme importancia radica en que contribuye decisivamente a la formación de la opinión pública. En la expresión pública de ideas y opiniones se

¹⁶ Ekmedjian, Miguel. *Derecho a la Información*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1996, Pág. 33.

¹⁷ *Ibidem*, Pág. 33.

¹⁸ *Ibidem*, Pág. 34.

ejerce en toda su extensión el llamado “pluralismo”, que no es otra cosa que la posibilidad, tutelada jurídicamente, que tienen los sujetos de opinar sin ningún tipo de restricciones; al decir de Jean Francois Revel “*este derecho debe ser reconocido “inclusive a los embusteros y a los locos”*”¹⁹.

En relación con la transmisión pública de noticias, esta es la “*facultad de transmitir a la opinión pública noticias de cualquier género y especie, por un medio de comunicación apto para ello*”²⁰. Es decir, la difusión de información de todo tipo; específicamente, de hechos y sucesos concretos, donde, de ser posible, debe primar la máxima objetividad, aunque se sabe que esta no existe en estado puro. Este derecho está garantizado, además, por el artículo 28 de la Constitución de la República.

De estas dos definiciones podemos extraer la naturaleza distinta de ambos componentes del derecho a informar: por un lado, la libertad de expresar las ideas, pensamientos o creencias que tiene todo ser humano, sin cortapisas de ningún tipo, así como la de generar, procesar o difundir información como lo estatuye el artículo 26 de la Constitución; y por otro, el derecho a recibir información tal cual lo señala el artículo 28 (también de la Constitución paraguaya); éste último es un derecho que debe ser ejercido con la responsabilidad de otorgar a quien lo recibe (sujeto pasivo que ejerce su derecho a ser informado) veracidad, exactitud y ecuanimidad. Por eso es que, como ha señalado: “*Lo que debe ser pluralista es la opinión, no la información.*”

¹⁹ Revel, Jean Francois. *El Conocimiento Inútil*. Editorial Planeta, Barcelona, 1989, pp. 202 y ss.

²⁰ Ekmedjian, Miguel. *Derecho a la Información*. Pág. 35.

*Según su propia naturaleza, la información puede ser falsa o verdadera, no pluralista (...) “cuando más pluralista es una información, menos información es”*²¹.

Por otro lado, tenemos el deber social de **preservar el sistema democrático**. Entendemos la democracia como la forma de gobierno en la que se privilegia el interés general por sobre el particular (al ser “*el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo*”, según la clásica formulación lincolniana) en un marco jurídico de garantías de libre asociación política, de libre elección de gobernantes y representantes, de expresión de ideas y de igualdad de derechos y obligaciones para todos: así, el concepto de democracia se liga al de *Estado de derecho*, donde *tienen vigencia los derechos fundamentales del ser humano*, en un régimen de igualdad y sin privilegios de ningún tipo frente al ordenamiento jurídico. El problema surge cuando se contraponen *bienes jurídicos* y la realización de alguno implica la lesión de otro. La actividad periodística e informativa, en general, tiene como objetivo alimentar el derecho social e individual a estar informado. Este derecho está protegido jurídicamente y constituye uno de los *bienes jurídicos* más importantes de toda sociedad que se precie de democrática. Podemos ir aún más lejos y colocar el derecho a estar informado como una condición necesaria para la vigencia de la democracia.

La actividad periodística en el cumplimiento de su misión informativa, se da en el ámbito social, por lo tanto, puede tropezar con otros bienes jurídicos a los

²¹ Revel, Jean Francois. *El Conocimiento Inútil*. Pág. 207.

que podría lesionar, y que también están protegidos. ¿Entonces, cuál *bien jurídico* es más importante o máspreciado en una situación determinada? Con frecuencia, esto es difícil de determinar. La contraposición entre estos derechos constitucionales se ha resuelto en el pasado en contra del derecho a informar, protegiendo el “*honor*”, especialmente de los funcionarios y del Estado, si es que en realidad esto último existe. Los cambios democratizadores verificados en las dos últimas décadas han trastocado en gran medida esa tradición contraria a la libertad de prensa. La particular coyuntura política del momento histórico ha sido la que ha determinado la prevalencia de tal o cual bien jurídico. A criterio nuestro, lo que debe buscarse es el equilibrio armónico de los bienes jurídicos y no el predominio de uno sobre otro.

La inexistencia de censura previa obliga al periodista a una constante evaluación de su labor informativa y significa además que este, de *motu proprio*, debe estar constantemente considerando si su afán informador no está colisionando con derechos de terceros y si, informar aquello de que se trate en una situación de colisión de bienes jurídicos, es suficientemente válido como para pisotear otros *bienes jurídicos*, tanto o más importantes que el mismo derecho suyo a informar y el de la sociedad a ser informada. El informador no puede pensar siempre que el bien jurídico por él defendido será, en todos los casos, el que tenga que sobreponerse al otro que circunstancialmente se le opone. Esa constante introspección que debe practicar el informador (“¿está bien lo que estoy haciendo, vale la pena afrontar en este caso derechos ajenos?”) acerca de la validez de su afán informador aplicado al caso

particular, es lo que se llama *ética periodística*. Es así porque en la mayoría de los casos el periodista no tiene sobre sí la amenaza de una sanción penal para ser disuadido de no llevar a cabo una determinada acción. Y sabemos que no es fácil desatender los llamados a causar un impacto en la opinión pública con alguna información explosiva, aunque dudosa o simplemente no verificada, o las exigencias de lucro que suelen anteponer las empresas periodísticas al propio celo profesional del comunicador con respecto a la noticia a ser divulgada.

El *Código Internacional de Ética Periodística* aprobado en 1953 por la Subcomisión de Libertad de Información y de Prensa de las Naciones Unidas, aunque nunca aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, decía entre otras cosas, que era obligación de los comunicadores:

Bregar por la exactitud de la información.

No falsear los hechos.

Asumir la responsabilidad por el material editado.

Respetar la reputación de los individuos.

No omitir los hechos esenciales.

El Código chileno de 1962 dice que el orden informativo nunca debía ser usado “*en detrimento de la colectividad o de las personas*”. El código venezolano de 1976 dice que el periodista debe ajustar su actuación a “*la libertad de expresión al servicio de la verdad y objetividad de las informaciones*”. En el mismo sentido se expresan códigos de otros países latinoamericanos como Brasil, México, Honduras, Ecuador, etc. La

Federación Latinoamericana de Periodistas (FELAP) elaboró, a fines de los años setenta, un código en cuya parte introductoria se reconoce la dificultad de que se apliquen sus disposiciones “*en los marcos del sistema informativo vigente regido por la tenencia privada de medios y la conversión de la noticia en mercancía*”.

Sin embargo, con la ética no basta, eso es sabido y aplicable a todos los ámbitos del quehacer social. La auto-sujeción a normas morales o éticas es *per se* muy difícil de lograr en cualquier sociedad. Para ello aparecen las normas penales, aplicables cuando alguien, abusando de su derecho o de su poder, violenta el derecho de un tercero. Que se penalicen conductas que podrían ser propias de la actividad periodística o en las que pudieran incurrir los periodistas en su labor, no debe, bajo ningún punto de vista, ser visto como atentatorio del derecho a informar. Indiscutiblemente, el juzgamiento de los periodistas por sí mismo no constituye una violación a la libertad de información, siempre que no envuelva otros objetivos, como los de acallar a la prensa y evitar la transparencia de los actos de los gobernantes, facilitar las conductas antidemocráticas o hasta delictivas de éstos. Lo que queremos decir es que la mera existencia de este tipo de normas no constituye un intento de cercenar la libertad de prensa.

Desde esa perspectiva, ciertas restricciones al derecho de informar, no deberían ser consideradas como violatorias de las libertades inherentes al ejercicio de la actividad periodística, como la que se desprende, por ejemplo, del artículo 4 del Código Procesal Penal recientemente aprobado, que dice:

*“Principio de inocencia. Se presumirá la inocencia del imputado, quien como tal será considerado durante el proceso, hasta que una sentencia firme declare su culpabilidad. Ninguna autoridad pública presentará a un imputado como culpable o brindará información sobre él en ese sentido a los medios de comunicación social. Sólo se podrá informar objetivamente sobre la sospecha que existe contra el imputado a partir del auto de apertura a juicio. El juez regulará la participación de esos medios, cuando la difusión masiva pueda perjudicar el normal desarrollo del juicio o exceda los límites del derecho a recibir información”*²².

En el mismo sentido debe interpretarse la restricción contenida en el artículo 26 de la Constitución, cuando señala: *“...sin más limitaciones que las dispuestas en esta Constitución...”* y que tienen su correlato en la norma procesal penal precitada, así como lo estatuido por el artículo 28 del mismo cuerpo legal cuando reconoce: *“...el derecho de las personas a recibir información veraz, responsable y ecuánime”*, y aunque no importen sanción penal, no deberían ser consideradas como violatorias de las libertades inherentes al ejercicio de la actividad periodística.

Existen restricciones, limitaciones y, en algunos casos, sanciones -cuando se trata de un delito “cometido a través de la prensa”-, porque, en el medio social, estos derechos y garantías con que el derecho reviste la actividad informativa cohabitan con otros bienes jurídicos igualmente protegidos, y que, en algunos casos, son más valiosos que la misma

²² El subrayado es nuestro.

información que se quiere hacer llegar a la sociedad. *El derecho a informar no es un derecho absoluto, ni en su nombre se pueden acallar otros derechos, ni en su altar sacrificar todos los otros derechos que se puedan interponer en su camino.* Eso, de la misma manera que la policía no puede violar derechos humanos para encontrar personas culpables de crímenes, o que los jueces no pueden ignorar normas procesales o de fondo, ni violar garantías del debido proceso, solo porque tienen la convicción subjetiva de que un determinado imputado es culpable de la comisión de un delito.

Esta es la justificación de la existencia de normas que limitan el ejercicio del derecho a informar o castigan el abuso que se hace del mismo, sobre todo cuando impliquen sujetos que se encuentran en una situación de vulnerabilidad. Todo esto no es ajeno a lo que ocurre en las demás actividades humanas reguladas por el derecho. *No debería existir nadie, ni estamento, gremio, corporación o asociación alguna que pueda estar exento de que los actos de sus miembros sean limitados, restringidos o sancionados eventualmente –por la justiciabilidad de los mismos-, cuando haya abuso del derecho, comisión de delitos o vulneración de derechos de terceros.* La esencia de la democracia es la existencia de un Estado de derecho en el cual todos, gobernantes y gobernados, jueces y acusados, periodistas y pueblo en general, se sujeten a la ley en un mismo plano de igualdad.

Pero, además, la idea de control recíproco entre los poderes es propia del concepto de República, en donde no existe ya el monarca, aquel dueño del poder absoluto. Cuando se habla de República, al decir de

Nicola Matteucci, se habla de “*la cosa pública, la cosa del pueblo, el bien común, la comunidad*”²³. Cicerón, en su *De República*, destaca los elementos distintivos de la República: “*el interés común y, especialmente, el consenso a una ley común, a aquel derecho a través del cual una comunidad afirma su justicia*”, lo que llamó *iuris consensus*. Sujeción igualitaria a la norma jurídica e inexistencia de poderes absolutos, son las condiciones para la existencia de una República.

Lo anterior se justifica porque el *ejercicio de la actividad periodística es el ejercicio de un “cuarto poder”*, como se dice con frecuencia. A este respecto, señala Revel que: “el papel de guardián, de juez y de inquisidor del poder que se atribuye la prensa, *siendo saludable y necesario*, consistiría en una especie de magistratura. Entonces, como todas las magistraturas, debe estar rodeada de garantías de competencia y de imparcialidad”²⁴. Este paralelismo equipara la labor periodística a la de un magistrado judicial que decide cosas: absuelve, condena, declara insanias, etc. La cuestión es que el juez, para ejercer esa potestad, debe ceñirse a una serie de reglas como las de oír previamente al acusado, permitirle ser asistido por un abogado, que sea presumida su inocencia, que no se lo condene sin juicio previo, que ofrezca, practique, controle e impugne pruebas, que se le indemnice en caso de condena por error judicial, entre las más importantes. Lo anterior se conoce como *garantías del debido proceso* y están contempladas en el artículo 17

²³ Bobbio Norberto; Mateuci, Nicola y Pasquino, Gianfranco. *Diccionario de Política*. Siglo Veintiuno Editores. México D.F., Madrid, 1995, pág. 1391.

²⁴ Revel, Jean Francois, *El Conocimiento Inútil*. Pág. 209.

de la Constitución de la República. De la misma manera, si procede erradamente o cometiendo prevaricato, es sancionado y puede ser destituido por mal desempeño de sus funciones. Lo que se quiere señalar es que existen normas que limitan el ejercicio del poder jurisdiccional, así como sanciones para aquellos que no cumplen con la sagrada misión de impartir justicia.

Informar al pueblo es una tarea sumamente importante y trascendental que debe estar rodeada de garantías tendientes a proteger a quienes informan a la sociedad (muchas veces victimizados y perseguidos por el poder), a quienes son escudriñados por los informadores y a quienes reciben la información. La universalización de esas garantías hará posible una mejor manera de ejercer el derecho a informar, y al mismo tiempo, construir y preservar el sistema democrático.

Análisis preliminar de un estudio de monitoreo

En este segmento se ofrece un análisis, apenas somero, de los datos que han sido relevados como producto de un estudio de monitoreo²⁵ con el que se pretende aportar al estudio conceptual y normativo.

El monitoreo de información tuvo como objetivo buscar herramientas que permitan un nuevo análisis de

²⁵ Este trabajo contó con la asistencia y la colaboración de los estudiantes de Ciencias de la Comunicación de la Universidad Católica: Cristhian Parra, Elsa Martínez, Arturo Zarratea y Rocío Romero, para el monitoreo y el análisis de las informaciones periodísticas.

la problemática suscitada en torno al tratamiento de la información y el principio de inocencia. Para ello, se analizaron las informaciones publicadas por cuatro diarios nacionales (ABC, Noticias, La Nación y Última Hora), ya que tienen cobertura nacional.

Para el estudio se tomó una muestra de las informaciones publicadas un año antes de la vigencia del Código Procesal Penal y un año después. En ese sentido, se analizaron las páginas de las secciones Judiciales y Policiales de los cuatro diarios mencionados durante la última semana de febrero de 2000 y, durante la última semana de marzo de 2001, tomando como referencia histórica la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal: primero de marzo de 2000.

Se estudiaron aquellos artículos publicados en las secciones mencionadas que se referían a personas sospechosas o acusadas de cometer algún hecho punible. La metodología que se utilizó fue el análisis de contenido, que se basa en técnicas para la elaboración, registro y tratamiento de datos a partir de documentos que constituyen productos comunicativos (en este caso las informaciones periodísticas), cuyo conocimiento interesa como objeto de estudio.

Esta metodología (de análisis de contenido) indica que el contenido está encerrado y precisa ser develado, de manera que una nueva interpretación facilite un diagnóstico, el que, finalmente, constituye el objetivo del trabajo propuesto²⁶. Como instrumento para la

²⁶ Gaitán Moya, Juan A. y Piñuel Raigada, José L. *Técnicas de Investigación en Comunicación Social, Elaboración y Registro de Datos*. Editorial Síntesis. Madrid, España.

realización de este análisis se elaboró una ficha de análisis que es una planilla para el registro de datos y la posterior re-lectura.

El análisis de contenido se hizo específicamente en dos niveles:

Identificación y análisis cuantitativo y cualitativo de los términos jurídico–procesales y penales.

Identificación y análisis del título de la información, atendiendo a que este segmento del artículo periodístico (título) es un componente esencial del mismo, puesto que además de presentar el resto del escrito, representa su misma síntesis.

También se examinaron datos respecto a las fuentes de la información y a los datos de contexto que ofrece o no el artículo periodístico, como el estado del proceso, los delitos a los que se refieren, si es menor de edad, género, y otros elementos que pueden proporcionar información adicional y responder a preguntas, por ejemplo, si los procesos penales son tenidos o no en cuenta a la hora de redactar las informaciones sobre la comisión de hechos punibles.

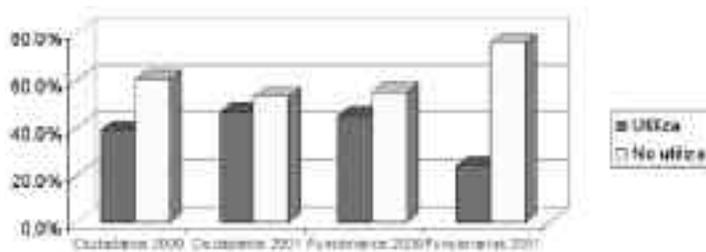
Se observaron también qué tipo de hechos punibles están más vinculados a la *culpabilidad* o no de una persona desde el punto de vista de los medios de comunicación. En este sentido, existe la hipótesis de que en los casos de hurto, robo, homicidio e intento de homicidio y tráfico de drogas, el principio de inocencia de los acusados o involucrados es más vulnerado que en otro tipo de delitos como estafa, lesión de confianza, etc.

El instrumento (ficha de análisis o matriz de análisis) ha sido puesto a prueba para verificar su utilidad y ajustarlo a las necesidades del trabajo de investigación.

Aspectos semánticos relativos al respeto del principio de inocencia

Un porcentaje importante de los artículos relevados correspondientes a la semana estudiada del 2000 (60,7%), prescinde de los términos que dejan a salvo (al menos de forma relativa) la exigencia de presentar como no culpable a un ciudadano común involucrado en algún delito²⁷. Se observa una leve diferencia porcentual con respecto a la forma en que se presenta a las personas cuando estas ocupan un cargo público (55,1%). La toma de datos correspondiente al año 2001 nos muestra que se ha dado un cambio en la forma de presentar a las personas involucradas en delitos. El porcentaje de los artículos que no utilizan los mencionados términos, baja a 53,1% cuando se trata de ciudadanos comunes mientras que el porcentaje sube a 76,1% cuando se trata de funcionarios públicos. Este dato es muy interesante, pues indica que la prensa escrita pasa a tratar con más dureza a quienes ocupan cargos públicos, mientras que “suaviza” su trato con los ciudadanos comunes. Esta situación podría explicarse por la espectacular eclosión del fenómeno de la corrupción en los últimos años en el país y también podría estar relacionada con la vigencia del Código Procesal Penal.

²⁷ Términos que ofrecen relativas garantías a la presunción de inocencia: acusado/a, procesado/a, imputado/a, implicado/a, involucrado/a, presunto/a, supuesto/a, sospechoso/a, sindicado/a.



Cuando se utilizan términos que dejan a salvo el principio de inocencia de una persona involucrada en algún delito, se observa una diferencia interesante en cuanto a los ciudadanos comunes y los funcionarios públicos. Cuando se trata de los primeros, los términos más utilizados son “presunto” (33,3 % del total que utiliza el término) y “supuesto” (43.8% del total), mientras que con los segundos, la terminología más utilizada incluye términos como “imputado” (13.8% del total), “procesado” (13.8% del total) y “acusado” (8.9% del total). De esto se puede colegir que cuando se informa acerca de oficiales públicos, se hace cuando ya se han iniciado procesos en su contra, mientras que cuando se habla de ciudadanos comunes se informa antes de que exista intervención del Poder Judicial o del Ministerio Público.

Fuentes mencionadas en las informaciones

Nuevamente, saltan las diferencias porcentuales al analizar las informaciones relativas a ciudadanos comunes y aquellas que tratan de funcionarios públicos.

Así, se observa que en los artículos correspondientes a los dos años estudiados, la fuente más referida fue la policía cuando se trataba de ciudadanos comunes (62,3% y 59,3% respectivamente). Cuando se trata de funcionarios públicos, la variable fuente no se polariza hacia una de las opciones. En ese sentido, aunque todavía aparece cierta preeminencia de la policía (37,2 % y 39,8 %), otras fuentes emergen también de manera importante, como por ejemplo el Ministerio Público (29,5 % y 28,4 %) y el Juzgado (23,1% para el año 2000 y 27,3 % para el 2001). Esto se relaciona con lo que se mencionó en el punto anterior en cuanto al momento en que surge la información.

Utilización de fotografías

La utilización de fotografías en las informaciones periodísticas también es una cuestión que revela aspectos interesantes en lo concerniente al tratamiento de la cuestión en estudio. Es un hecho normal publicar la fotografía del implicado o sospechoso a cara descubierta (34.9% del total de las informaciones), mientras que en un 35,7 % del total, las informaciones no publican fotografías. Esto último puede relacionarse con la disponibilidad de espacio en las páginas y no precisamente con una decisión de no publicar las fotografías. Por lo tanto, se destaca que en una de cada tres informaciones aparece la fotografía del implicado a cara descubierta.

Lectura del título de la información y el tipo de fuente

Del análisis de la construcción de los títulos informativos²⁸ estudiados, y del tipo de fuente mencionada, se desprende que cuando aparece la policía como fuente es mayor la percepción de culpabilidad del sujeto involucrado. Así, en el 2000, el 76,7 % de las informaciones cuyos títulos denotan la culpabilidad del sujeto, tienen como fuente a la policía. Esto también se registra en el 2001 (84,3%).

Entre los artículos de la semana correspondiente al 2000, cuyos títulos ofrecen una lectura más neutra, resaltan aquellos que tienen como fuente al Poder Judicial (18,7%) y al Ministerio Público (15,9 %). Los títulos de las informaciones tomadas en el 2001 presentan una relativa diferencia al resaltar el Ministerio Público (28,4 %) y al Poder Judicial (22 %). Nos parece que este hecho tiene relación con la vigencia del nuevo Código Procesal Penal, el cual otorga un mayor protagonismo al Ministerio Público. Esta institución, a su vez, a la luz de esos datos, pareciera ofrecer cierta garantía en cuanto a la transmisión de información en relación a la presunción de inocencia, apareciendo como fuente en aquellos títulos cuya lectura es más neutra. Como se pudo

²⁸ Para este análisis se estudió la construcción narrativa de cada título y de cada información en relación con la persona involucrada supuestamente en la comisión del delito. De esta manera, se observaron dos indicadores que ofrecían al lector (en este caso el que realiza el análisis) de culpabilidad:
La afirmación directa de que la persona cometió el delito. Ejemplo: “Arrestaron a dos narcotraficantes”.
La utilización de palabras que encierran en sí mismas una connotación muy negativa y que denotan la atribución de culpabilidad a la persona. Ejemplo: “Cae supuesto robacoches”.

observar en el 2000, pareciera ser más recurrente una percepción de culpabilidad del sujeto involucrado cuando la información se genera por la policía.

Tipo de delito y la percepción de culpabilidad

El tipo de delito también tiene incidencia en cuanto a la forma en que se presenta al sujeto involucrado en algún tipo de hecho ilícito. Cuando se trata de homicidios y robos (año 2000), es mayor el porcentaje de personas presentadas como culpables (34,5% y 46,7% respectivamente), comparados con hechos punibles contra el patrimonio (10%), lesión (4,4%), abuso sexual (2,2%). En el 2001, tenemos los siguientes datos: robo (57,8%), homicidio (14,4%), tráfico de drogas (9,6%), secuestro (8,4%), delitos contra el patrimonio (6%), frustración de la ejecución penal (2,4%).

Algunas reflexiones finales

Reviste importancia (al menos para las personas indiciadas o sospechosas de cometer algún hecho punible) la fuente consultada para publicar la información. El hecho de que en la mayoría de los casos se mencione a la policía como única fuente y se ofrezca solo su versión, como esta no pudiese en algún momento del proceso ser rebatida, debería ser tomada como una señal de alerta con respecto a las informaciones que se están transmitiendo al público. “Es indispensable al utilizar alguna de las versiones sobre cómo sucedieron los hechos, atribuir los datos a quien los suministró, pues de lo contrario, la narración

lejos de acercarse a la verdad se basa en conjeturas que no pueden ser corroboradas después”, expresa William A. Vargas Mora en su trabajo “Me gustan las noticias de sucesos”.

Los términos como *supuesto*, *presunto*, *sospechoso* ofrecen una relativa garantía en cuanto a la presunción de la persona acusada, precisamente porque lo importante es la construcción narrativa de la información. De nada sirve expresar por ejemplo “*cae supuesto robacoches*”, cuando, con esa frase, se está dirigiendo una carga negativa hacia el individuo en cuestión.

Cuando aparecieron palabras como *acusado*, *procesado* o imputado, esa percepción de culpabilidad disminuía y se debía, generalmente, a que ya existía un proceso judicial puesto en marcha con determinadas garantías. Ese proceso judicial tomaba forma con la intervención del Ministerio Público y del Juzgado a cargo, instituciones que eran mencionadas como fuentes en dichas informaciones.

Otra línea de análisis importante es la que refiere que las informaciones sobre funcionarios públicos están enmarcadas en un proceso judicial (apareciendo el Ministerio Público y el Juzgado a cargo como fuentes), mientras que las de ciudadanos comunes no. En este último caso el hecho noticioso lo constituye la captura de supuestos delincuentes o la comisión de delitos a los que se atribuye algún responsable. Sin embargo, cuando se refiere a funcionarios públicos la noticia se encuentra en el proceso judicial y su eventual derivación: ¿se lo declarará culpable o se lo absolverá? ¿habrá impunidad? Cabría preguntarse si a la sociedad también le

interesa conocer la conclusión de cada caso cuando se trata de ciudadanos comunes.

Marco normativo del tema de investigación

Constitución Nacional

Art. 4: del derecho a la vida

El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantiza la protección, en general, desde la concepción. Queda abolida la pena de muerte. *Toda persona será protegida por el Estado en su integridad física y psíquica, así como en su honor y en su reputación*²⁹. La ley reglamentará la libertad de las personas para disponer de su propio cuerpo, sólo con fines científicos o médicos.

Art. 17: de los derechos procesales

En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a:

Que sea presumida su inocencia (...)

Art. 22: de la publicación sobre procesos

La publicación sobre procesos judiciales en curso debe realizarse sin prejuzgamiento.

El procesado *no deberá ser presentado como culpable*³⁰ antes de la sentencia ejecutoriada.

Art. 26: de la libertad de expresión y de prensa

Se garantizan la libre expresión y la libertad de prensa, así como la difusión del pensamiento y de la

²⁹ El subrayado es nuestro.

³⁰ El subrayado es nuestro.

opinión, sin censura alguna sin más limitaciones que las dispuestas en esta Constitución; en consecuencia, no se dictará ninguna ley que las imposibilite o las restrinja. No habrá delitos de prensa, sino delitos comunes cometidos por medio de la prensa. Toda persona tiene derecho a generar, procesar o difundir información como igualmente a la utilización de cualquier instrumento lícito y apto para tales fines.

Art. 28: el derecho a informarse

Se reconoce el derecho de las personas a recibir información veraz, responsable y ecuaníme.

Las fuentes públicas son libres para todos. La ley regulará las modalidades, plazos y sanciones correspondientes a las mismas, a fin de que este derecho sea efectivo.

Toda persona afectada por la difusión de una información falsa, distorsionada o ambigua tiene derecho a exigir su rectificación o su aclaración por el mismo medio y en las mismas condición en que haya sido divulgada, sin perjuicio de los demás derechos compensatorios.

Art. 33: derecho a la intimidad

La intimidad personal y familiar, así como el respeto a la vida privada son inviolables. La conducta de las personas, en tanto no afecte al orden público establecido en la ley o a los derechos de terceros, estará exenta de autoridad pública.

Se garantiza el derecho a la protección de la intimidad, de la dignidad y de la imagen privada de las personas.

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Art. 12:

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Art. 19:

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Art. 8: garantías judiciales

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

Art. 11: protección de la honra y de la dignidad

Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Art. 13: libertad de pensamiento y expresión

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

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:

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

la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

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 periódico, 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.

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.

Estará prohibida por la ley toda propaganda a favor de la guerra, y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitación 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.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Art.14:

Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

Art. 19:

Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

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

El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña los deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

Asegurar el respeto a los derechos humanos o a la reputación de los demás;

La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Código Procesal Penal

Principios y garantías procesales

Art. 4: principio de inocencia

Se presumirá la inocencia del imputado, quien como tal será considerado durante el proceso, hasta que en una sentencia firme declare su punibilidad.

Ninguna autoridad pública presentará a un imputado como culpable o brindará información sobre él en ese sentido a los medios de comunicación social.

*Sólo se podrá informar objetivamente sobre la sospecha que existe contra el imputado a partir del auto de apertura a juicio (...)*³¹

El juez regulará la participación de esos medios, cuando la difusión masiva pueda perjudicar el normal desarrollo del juicio o exceda los límites a recibir información.

Bibliografía

Balcarce, Fabián I. *Presunción de Inocencia. Crítica a la posición vigente*. Marcos Lerner Editora, 1996, Córdoba, pág. 15.

³¹ El subrayado es nuestro.

Bobbio Norberto, Mateuci, Nicola, y Pasquino, Gianfranco. *Diccionario de Política*. Siglo Veintiuno Editores, México D.F., Madrid, 1995, pág. 1391.

Sosota Luraghi, Armando. *Temas fundamentales de Derecho de la Información en Iberoamérica*. Compilado por José Carreño y Ernesto Villanueva, Universidad Iberoamericana. Biblioteca Francisco Xavier Clavijero, España, 1998.

Ekmedjian, Miguel. *Derecho a la Información*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1996, pág. 35.

Gaitán Moya, Juan A. y Piñuel Raigada, José L. *Técnicas de Investigación en Comunicación Social, Elaboración y Registro de Datos*. Editorial Síntesis, Madrid, España.

Revel, Jean Francois. *El Conocimiento Inútil*. Editorial Planeta. Barcelona, 1989, pp. 202 y ss.

Sáenz Zunbado, Luis. “*Derecho a la Información y la Cobertura de los procesos judiciales*”, en *Derecho a la Información y Garantías Procesales*. Proyecto Mejora de la Administración de Justicia y su Adaptación al Sistema Penitenciario. Comp., San José, Costa Rica, 1997.

Superti, Hector C. *Derecho Procesal Penal. Temas Conflictivos*. Editorial Juris. Rosario, Argentina, 1998, pág. 137.

Vélez Mariconde, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*. T. II, Ed. Lerner, Córdoba, 1986, pág. 30.

7. Libertad de expresión y Fuerzas Armadas

*María Graciela Mendoza**

Introducción

Nuestro país sufrió una larga dictadura bajo el régimen personalista y autoritario del General Alfredo Stroessner, sustentado en la asociación entre el Partido Colorado, el Gobierno y las Fuerzas Armadas.

En el contexto de esa “asociación”, la corporación militar fue sometida por el dictador a través de ciertos mecanismos como “la partidización del estamento militar, la purga de oficiales institucionalistas, la corrupción y el adoctrinamiento basado en los preceptos de la doctrina de la seguridad nacional, con el fin de que las fuerzas armadas le suministraren al

* María Graciela Mendoza es abogada por la Universidad Nacional de Asunción, Paraguay. Realizó cursos de Maestría en Ciencias Políticas. Es socia fundadora de la Red de Mujeres Políticas. Integrante de la Coordinación de Mujeres del Paraguay, de la Directiva del Círculo de Abogadas del Paraguay y del Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM-PY).

régimen el apoyo ideológico más importante para la represión”¹.

Si bien es cierto que hoy vivimos en un sistema democrático y que, en tal sentido, vamos adecuando nuestras leyes a la nueva Constitución y a los tratados internacionales, la legislación militar ha quedado como herencia del régimen autoritario, al contener normas muy antiguas que se contraponen a nuestra Carta Magna de 1992 y que, por ende, pueden llegar a cercenar derechos fundamentales de los militares, como el derecho a la libertad de expresión.

Este trabajo pretende hacer un estudio del artículo 47 del Reglamento de Disciplina de la Armada Nacional, a la luz del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los artículos 26 y 173 de nuestra Constitución Nacional, con el fin de determinar si las limitaciones impuestas a los militares respecto a la libertad de expresión son conducentes, proporcionadas y necesarias en una sociedad democrática. Asimismo, si las conclusiones de este estudio apuntan para ese sentido, proponer una modificación de la norma o de las normas violatorias de la libertad de expresión, de manera que no riñan con la Constitución y con los instrumentos y jurisprudencia internacionales.

¹ Marcial Antonio Riquelme Diego Abente Brun (Coordinador). “Desde el Stronismo hacia la transición a la Democracia: El papel del actor Militar”. En *Paraguay en Transición*. Editorial Nueva Sociedad, Venezuela, 1993, pág. 189 R. Medina y Cecilia Medina Q. *Nomenclatura of Primary Legal Sources*, Library of Congress. Washington, D.C. 1979. Citado por Cecilia Medina en “Programa sobre Libertad de Expresión” 1998, pág. 38.

Los hechos

Un profesional médico, con rango de Oficial Superior en la Armada Paraguaya, forma parte de una sociedad denominada “Servicios Médicos Generales S.R.L”, la cual fue denostada por la prensa, apareciendo su nombre en el periódico.

Este profesional y oficial del Ejército quiso hacer las aclaraciones correspondientes por el mismo periódico en donde aparecieron las ofensas y explicar la verdad de los hechos, desde su punto de vista. Sin embargo, no pudo hacerlo por la restricción impuesta por el artículo 47 del Reglamento de Disciplina de la Armada Nacional.

El derecho

Como se mencionó previamente, en el presente estudio se tomarán en cuenta el artículo 47 del Reglamento de Disciplina de la Armada Nacional, el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 26 y 173 de la Constitución Nacional de Paraguay. En este acápite transcribiremos el contenido de las mismas, antes de pasar al desarrollo y análisis del caso planteado.

En tal sentido, el Reglamento de disciplina de la Armada Nacional, en su artículo 47 dispone que *“El personal de la Armada no podrá hacer publicaciones en forma verbal o escrita en los medios masivos de comunicación, sin tener previamente la autorización del Comandante de la Armada, y contando con ella, se abstendrá de que el contenido de su publicación pueda importar alguna infracción a la disciplina”*.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra en su artículo 13 el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, señalando que:

- “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*
- 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:*
 - a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o*
 - b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*
- 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualquiera 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.

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”.*

Por último, la Constitución Nacional de Paraguay, en su artículo 26, habla de la libertad de expresión y de prensa, y establece que, “*Se garantiza la libre expresión y la libertad de prensa, así como la difusión del pensamiento y de la opinión, sin censura alguna, sin más limitaciones que las dispuestas en esta Constitución; en consecuencia, no se dictará ninguna ley que las imposibilite o las restrinja. No habrá delitos de prensa, sino delitos comunes cometidos por medio de la prensa. Toda persona tiene derecho a generar, procesar o difundir información, como igualmente a la utilización de cualquier instrumento lícito y apto para tales fines*”.

De igual forma, la Constitución Nacional en el artículo 173, se refiere al carácter institucional y a los principios orgánicos del Ejército, señalando que, “*Las Fuerzas Armadas de la Nación constituyen una institución nacional que será organizada con carácter permanente, profesional, no deliberante, obediente, subordinada a los poderes del Estado y sujeta a las disposiciones de esta Constitución y de las leyes. Su*

misión es la de custodiar la integridad territorial y la de defender a las autoridades legítimamente constituidas, conforme con esta Constitución y las leyes. Su organización y sus efectivos serán determinadas por la ley. Los militares en servicio activo ajustarán su desempeño a las leyes y reglamentos, y no podrán afiliarse a partido o a movimiento político alguno, ni realizar ningún tipo de actividad política”.

Desarrollo y análisis

Compatibilidad de la ley interna con el derecho internacional

En primer lugar, es necesario analizar si existe la obligación de hacer compatibles las leyes de Paraguay con las obligaciones internacionales derivadas de tratados y convenciones internacionales, en este caso en particular, con el contenido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Así, el artículo 2 de la Convención Americana regula expresamente sobre el deber de los Estados Partes de adoptar disposiciones de derecho interno, expresando lo siguiente, "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1^º no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

De allí se deriva claramente la obligación de los Estados Partes de la Convención de adecuar su

legislación interna a los parámetros establecidos en la Convención, con el fin de asegurar en el derecho interno las garantías consagradas en el derecho internacional.

Ahora bien, la Constitución Nacional dispone expresamente en sus artículos 137 y 141, en complemento con lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención Americana, que los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados por nuestro país integran el ordenamiento jurídico nacional, el cual sigue el modelo piramidal kelseniano de la jerarquía de leyes, de tal suerte que, según lo dispuesto en la Constitución Nacional, las leyes y reglamentos son de inferior jerarquía a los tratados internacionales y, por ende, deben adecuarse a estos.

Efectivamente, el artículo 137 determina que *“La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado”*. Este artículo añade que *“carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución”*. Con ello se establece la invalidez de todo acto de autoridad tanto administrativa, legislativa o jurisdiccional que sea contrario a lo establecido en la Constitución Nacional.

Por su parte, el artículo 141 de la Constitución Nacional cierra el círculo sobre la jerarquía en el derecho interno de los tratados internacionales de los que Paraguay forma parte, al disponer que: “Los

Tratados Internacionales válidamente celebrados, aprobados por Ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el artículo 137”.

De aquí se deduce claramente que, por lo tanto, el Reglamento de la Armada Nacional, no solo debe estar de acuerdo con la Constitución Nacional, sino también con la Convención Americana sobre Derechos Humanos en lo conducente, por ser tal Convención un instrumento internacional que forma parte de nuestro derecho positivo en virtud de los artículos 137 y 141 de la Constitución, además de constituir una obligación internacional para el Estado según el artículo 2 de la propia Convención Americana que, de acuerdo al orden de prelación de las leyes, está por encima de los reglamentos y ordenanzas.

La validez de la norma que restringe la libertad de expresión a la luz de la Convención Americana y la Constitución Nacional

En primer lugar, es necesario mencionar que las restricciones que permite la Convención Americana a los derechos y libertades consagrados en ella no deben ser discrecionales, sino que deben ser aplicadas conforme a las leyes.

En tal sentido, el artículo 30 de la Convención Americana, establece claramente que, *“las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y*

libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

Ahora bien, toca definir qué es lo que se entiende por ley según el artículo 30 de la Convención Americana. En este sentido, según R. Medina y Cecilia Medina Quiroga *“la palabra ley tiene un significado claro en el orden legal de la mayoría de los Estados latinoamericanos que participaron en la redacción de la Convención. La mayoría de ellos designa con esa palabra el instrumento creado por la legislatura con la observancia de los pasos procesales específicos prescritos en la Constitución (...) Por lo tanto, todos están de acuerdo en que la ‘ley’, solo puede ser el resultado de la acción de los legisladores (entendiéndose por ello, una o más asambleas de representantes del pueblo, más, en general, el presidente de la república) llevada a cabo de acuerdo con un procedimiento prescripto en una norma de mayor jerarquía, la Constitución. Ninguno de ellos usa jamás la palabra ‘ley’ para designar instrumentos que no llenen todos los requisitos procesales mencionados anteriormente o que provengan de otras autoridades”.*

Por su parte, la Corte Interamericana emitió una opinión consultiva, a petición del Estado de Uruguay, respecto a lo que en los términos de la Convención Americana, puntualmente el artículo 30, debemos entender por “ley”. Así, fue de la opinión de la Corte que “la palabra ‘leyes’, en el artículo 30 de la Convención, significa una norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos

legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados partes para la formación de las leyes”².

Una vez que se ha determinado qué es lo que se entiende por ley de acuerdo con los parámetros de la Convención Americana, correspondería analizar el origen normativo del instrumento que restringe la libertad de expresión de los miembros de las fuerzas armadas, esto es, el Reglamento de la Armada Nacional.

Así, desde el nombre mismo del instrumento, el cual invoca a su origen normativo, vemos que el artículo 47, cuyo contenido restringe la libertad de expresión de los miembros del Ejército, se circunscribe dentro de un “Reglamento” -el Reglamento de la Armada Nacional-, y así observamos claramente que la aplicación de las restricciones previstas por la Convención Americana en relación con el artículo 13 no provendrían de un instrumento que puede considerarse ley de acuerdo con lo entendido por esta en los parámetros de la propia Convención, sino de un simple reglamento que ni siquiera ha sido aprobado por un decreto dictado por el Presidente de la República quien, de acuerdo con el artículo 238 de la Constitución Nacional, tiene dicha facultad.

² El artículo 1 habla de la “obligación de respetar los derechos” y establece que: *“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*.

Nos parece sumamente importante el hecho de que la Convención Americana establece como requisito para la aplicación de las restricciones a la libertad de expresión previstas por la Convención misma, que ellas estén expresamente fijadas en una ley. Esto debe ser así pues existe una mayor legitimidad porque la forma de aplicación de tal restricción es producto de la discusión del órgano deliberativo, es decir, tienen que establecerlas nuestros representantes de la Cámara de Diputados y de Senadores. Igualmente, se impide que estas restricciones sean impuestas por el Poder Ejecutivo a través de un decreto, pues con ello estamos evitando también las posibles arbitrariedades de un gobierno.

Además, la exigencia de que la aplicación de las restricciones previstas por la propia Convención en cuanto a los derechos consagrados en ella esté establecida en una ley, se encuentra íntimamente vinculada a nuestra democracia representativa, donde la misión de hacer las leyes corresponde al cuerpo de representantes elegido por la ciudadanía³.

Por ello, la restricción contenida en el artículo 47 del Reglamento de la Armada, que es aplicada cotidianamente al personal de dicha institución, no reúne los requisitos mínimos para aplicarse según la Convención, es decir, que las restricciones contempladas por la Convención Americana, en este

³ Ver la expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/85 de 9 de mayo de 1986, nota 37, párr. 27 y conclusión, citado por Cecilia Medina en “Programa sobre Libertad de Expresión” del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, Pág. 39.

caso las previstas en el artículo 13, sean aplicadas conforme a las leyes, pues no es una ley la que establece la restricción que estamos discutiendo, sino simplemente un reglamento.

La situación es más grave aún y, a manera de ejemplo, tal Reglamento prevé pena de prisión, violando así flagrantemente el artículo 11 de la Constitución, que expresa, “Nadie será privado de su libertad física o procesado, sino mediando las causas y en las condiciones fijadas por esta constitución y las leyes”.

La existencia de censura previa en el artículo 47 del Reglamento de la Armada

Ahora pasaremos a considerar si, no obstante la deficiencia que en este caso ocurre y que fue señalada en el inciso anterior, en cuanto a la naturaleza normativa del instrumento que se encarga de aplicar las restricciones previstas en la propia Convención⁴, el reglamento de la Armada prevé una restricción incompatible con la Convención Americana como lo es la censura previa.

Efectivamente, el artículo 13 de la Convención Americana establece en sus párrafos 2.a. y b. limitaciones al ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Es claro que se prohíbe la censura previa, correspondiendo solo la responsabilidad ulterior para asegurar el respeto a los derechos y a la reputación de

⁴ Véase, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Preámbulo, párrafo primero.

los demás, la seguridad nacional, el orden público o la moral o la salud públicas. Estas restricciones –responsabilidades ulteriores-, tal y como lo consideramos anteriormente, deber estar expresamente establecidas en una ley⁵.

Así, del análisis del contenido del artículo 47 del Reglamento de Disciplina de la Armada se desprende, de manera indubitable, un sistema de censura previa al disponerse expresamente que “el personal de la Armada no podrá hacer publicaciones en forma verbal o escrita en los medios masivos de comunicación, sin tener previamente la autorización del Comandante de la Armada, y contando con ella, se abstendrá de que el contenido de su publicación pueda importar alguna infracción a la disciplina”. Con ello, se ha dispuesto que “frente a la duda de si este pudiera atentar contra la seguridad de la Nación, o la disciplina militar, se prefiere restringir la libertad antes que sancionar el exceso en su ejercicio”⁶.

Asimismo, la Comisión Interamericana, en el caso Martorell, ha esgrimido razonamientos que pueden aplicarse a este punto. Al emitir su informe en el mencionado caso ha señalado que: “...*El artículo 13 autoriza algunas restricciones al ejercicio de este derecho (libertad de expresión), y estipula límites permisibles y los requisitos necesarios para poner en práctica estas limitaciones. El principio estipulado en este artículo es claro en el sentido de que la censura previa es incompatible con el pleno goce de los*

⁵ Véase, CADH, Preámbulo, párrafo primero.

⁶ Tiene que ser una ley desde sus acepciones formales y materiales.

derechos protegidos por el mismo. La excepción es la norma contenida en el párrafo 4, que permite la censura de los ‘espectáculos públicos para la protección de la moralidad de los menores’. La única restricción autorizada por el artículo 13 es la imposición de la responsabilidad ulterior. Además, cualquier acción de este tipo debe estar establecida previamente en la ley y solo puede imponerse una medida necesaria para asegurar: a) el respeto a los derechos o la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”⁷.

Continúa señalando la Comisión Interamericana en ese caso que *"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 Internacional de 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”⁸.*

⁷ Véase, CIDH, informe 11/96, caso 11.230 Chile (Martorell) párrs. 55 y 56. Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas, Opinión Consultiva OC-5/85, párrs. 38, 39 y 40, y Corte IDH, Caso La Última Tentación de Cristo, (Olmedo Bustos y Otros vs. Chile) Sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 71.

⁸ Cecilia Medina Quiroga y Jorge Mera Figueroa. *Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El Derecho Nacional y las obligaciones Internacionales de Chile en materia de D.H.* Cuaderno de análisis jurídico No. 6, Caso Palamara. Pág. 215. Véase también el razonamiento seguido por la Corte IIDH, en el caso “La Última Tentación de Cristo”, párr. 71. También Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 38 *in fine*.

Además, la Comisión consideró en ese mismo informe que *“el artículo 13 determina que cualquier restricción que se imponga a los derechos y garantías contenidos en el mismo, debe efectuarse mediante la imposición de una responsabilidad ulterior. El ejercicio abusivo del derecho de libertad de expresión no puede estar sujeto a ningún otro tipo de limitación. Como lo señala la misma disposición, quien ha ejercido ese derecho en forma abusiva, debe afrontar las consecuencias ulteriores que le incumben”*⁹.

En ese mismo sentido, la Corte ha emitido opiniones e inclusive sentencias en el ejercicio de su función consultiva y contenciosa. En relación con la primera, la Corte emitió la Opinión Consultiva 5 sobre la “Colegiación Obligatoria de Periodistas” solicitada por el Estado de Costa Rica, en donde en sus párrafos 38, 39 y 40 prohíbe la censura previa y establece los requisitos para que se establezca válidamente la responsabilidad ulterior, los que deberán estar estipulados por la ley de manera expresa y taxativa y que sean estrictamente necesarios para asegurar fines legítimos. En cuanto a la segunda, es muy significativo lo dispuesto en la sentencia del 5 de febrero de 2001 referente al caso “La Última Tentación de Cristo” en contra del Estado de Chile, en la cual, en su párrafo 71 reconoce expresamente en el ámbito jurisprudencial la interdicción de la censura previa a la libertad de expresión en el sistema interamericano.

Con las argumentaciones expuestas, vemos que el contenido del artículo 47 del Reglamento de la Armada

⁹ CIDH, Informe 11/96 Caso 11.230 Chile (Martorell), párr. 55.

configura, un caso de evidente censura previa prohibido por el artículo 13 de la Convención, violando manifiestamente el derecho a la libertad de expresión consagrado en el párrafo 1 del mismo artículo 13 de la Convención Americana, en perjuicio de todos los oficiales y personal de la Armada, al no poder manifestar o expresar sus opiniones o ideas; por otra parte, en perjuicio del derecho de la sociedad a estar informada y a recibir o buscar información, al ser ambos aspectos de la libertad de expresión indivisibles y, por lo tanto, conjuntamente protegidos o, en su caso, conculcados¹⁰.

Sin embargo, en forma muy lamentable, dicho Reglamento cumple con una función disuasiva, ya que no se tienen antecedentes de que algún miembro de la Armada haya hecho una publicación por los medios masivos de comunicación sin tener previamente la autorización del Comandante de la Armada. Así, el temor a ser sancionados y perder sus jerarquías ha hecho que la gran mayoría de los militares, especialmente los de menor jerarquía, acepten pasivamente las sanciones impuestas por sus superiores, sin recurrirlas y permitiendo, por consiguiente, una conculcación sistemática de su derecho a expresarse.

De acuerdo con el análisis realizado en este punto y en los anteriores, nos encontramos que el artículo 47 del Reglamento de la Armada no sólo contiene una restricción ilegítima del derecho a la libertad de expresión, prohibida de manera absoluta por el artículo

¹⁰ *Ibíd.*, párr. 56

13 de la Convención -con la sola excepción del párrafo 4 de dicho artículo que no aplica en este caso- como lo es la censura previa, sino que además y para agravar más la situación, tal restricción ilegítima a la libertad de expresión proviene de un reglamento que expresamente contraría ordenamientos de jerarquía superior como la misma Constitución Nacional¹¹ y, por supuesto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹².

Con ello, es claro que los actos de autoridad basados en tal ordenamiento constituyen actos ilegales de acuerdo con la Constitución del Paraguay, artículos 137 in fine, 173 in fine y 26. Además, comprometen la responsabilidad internacional del Estado del Paraguay en virtud de los artículos 1.1, 2, 13 y 30 de la Convención Americana¹³.

Consideraciones hipotéticas: ¿si la restricción emanara de una ley formal y que no se considerara un caso de censura previa sino de responsabilidad ulterior?

En el primer tramo de la hipótesis, es decir, en lo referente a que las restricciones a la libertad de expresión (entendidas como las que derivan una responsabilidad ulterior por su uso abusivo) deben provenir de una ley formal, la Corte Interamericana ha dado un criterio muy importante en ese sentido, al

¹¹ *Ibidem*, párr. 58.

¹² Véase CIDH, Informe 11/96 Caso 11.230 Chile (Martorell) párrs. 53 y 54. Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas, párrs. 30, 31, 32 y 33. Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo”, párrs. 64, 65, 66 y 67. Corte IDH, Caso Baruch Ivcher Bronstein vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001, párrs. 146, 147, 148 y 149.

¹³ Puntualmente el artículo 26.

establecer los requisitos para esa “legalización” de la responsabilidad ulterior.

Efectivamente, el Alto Tribunal hemisférico ha dispuesto que para que la responsabilidad ulterior se establezca válidamente es preciso que se reúnan varios requisitos, a saber:

“La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas,

La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley,

La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y

Que esas causales de responsabilidad sean ‘necesarias para asegurar’ los mencionados fines”¹⁴.

Ya fue ampliamente discutido en los apartados anteriores la necesidad absoluta de que sea una ley la que aplique las restricciones que la Convención Americana permite al goce de los derechos y libertades que ella misma establece. Por ello, una vez más, repetimos que la restricción establecida en el artículo 47 del Reglamento de la Armada es ilegítimo desde la naturaleza misma del instrumento que la establece, es decir, un reglamento.

Pasamos entonces al segundo tramo de la hipótesis planteada, que consiste en analizar si las restricciones impuestas a los militares de la Armada respecto a la

¹⁴ Específicamente el artículo 30.

libertad de expresión buscan asegurar, de acuerdo con el extremo previsto en el párrafo 2 del artículo 13 de la Convención Americana, si tal restricción obedece a cuestiones referentes a “*la protección de la seguridad nacional*”¹⁵ y *si ellas son “necesarias en una sociedad democrática”*¹⁶.

Para ello tendremos en cuenta las pautas interpretativas que del artículo 13 de la Convención Americana que fueron elaboradas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en lo que respecta al artículo 10 del Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos¹⁷ y que, por analogía, son aplicables al sistema interamericano. Claro que también se hará referencia a aquellas que fueron elaboradas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con respecto a las restricciones aceptables a la libertad de expresión.

Como ya ha sido expresado previamente en este trabajo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al emitir una opinión consultiva en el caso de la “Colegiación Obligatoria de los Periodistas” en Costa Rica, expresa que la libertad de pensamiento y expresión “*comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Esos términos establecen que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por*

¹⁵ Véase en ese sentido Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo”, párr. 72.

¹⁶ Véase Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 39.

¹⁷ Véase artículo 13, párrafo 2, inciso b de la CADH.

tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no solo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a ‘recibir’ informaciones e ideas (°) Se pone así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión (°) por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa por tanto, un derecho de cada individuo, pero implica también, por otro lado un derecho colectivo a recibir información y conocer la expresión del pensamiento ajeno”¹⁸.

La Corte continúa señalando que “la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también conditio sine qua non (°) 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”¹⁹.

Por otra parte, en el caso “*Handyside contra el Reino Unido*” el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al hablar de los principios propios de una sociedad democrática, expresa en un párrafo del apartado 49 lo siguiente: “*La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres. Al amparo del artículo 10.2 de la Convención Europea, es válido no sólo para las informaciones o ideas que son*

¹⁸ Véase Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 67.

¹⁹ Tal artículo 10 de la Convención Europea consagra el derecho a la libertad de expresión.

favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una ‘sociedad democrática’. Esto significa esencialmente que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue (...) Por otra parte, cualquiera que ejerce su libertad de expresión asume ‘deberes y responsabilidades’, cuyo ámbito depende de su situación y del procedimiento técnico utilizado” ²⁰.

Igualmente en el caso “*Vogt contra Alemania*” el Tribunal Europeo, al emitir su sentencia y al hablar de lo que debe entenderse por *necesarias* “en una sociedad democrática” expresa, en su argumentación, que la palabra *necesaria* (referida a las restricciones a la libertad de expresión) está tomada en el sentido de “*necesidad social imperiosa*”, y se pregunta si la interferencia ha sido proporcional con el fin legítimo perseguido y si los motivos invocados por las autoridades nacionales para justificarla son pertinentes y suficientes, para luego afirmar que: “*si bien es cierto un Estado democrático tiene el derecho de exigir a sus funcionarios que le sean leales hacia los principios constitucionales sobre los que aquél se funda. Empero lo que le resulta llamativo es el carácter absoluto de la obligación tal como fue interpretada por los tribunales alemanes*”²¹.

²⁰ Corte IDH, “La Colegiación obligatoria de los Periodistas”, párr. 30. Artículos 13 y 29 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

²¹ *Ibidem*, párr. 70.

Concluye también el Tribunal Europeo indicando que *“aunque las razones dadas por la demandada para restringir la libertad de expresión de la profesora son relevantes, no resultan suficientes para establecer de manera convincente que era ‘necesario en una sociedad democrática’ destituir a aquella. Se ha producido una violación del artículo 10 de la Convención, porque la sanción disciplinaria fue desproporcionada con el objetivo legítimo perseguido”*²².

También creemos interesante, por la importancia que tiene para nuestro trabajo, exponer aquí parte del fallo emitido por el Tribunal Europeo en el caso “Grigoriades contra Grecia”, en el que un funcionario de las Fuerzas Armadas envió una carta que fue considerada ofensiva para las Fuerzas Armadas griegas.

Así, el Tribunal Europeo en el caso Gregoriades consideró que *“Es verdad que la carta incluyó ciertos comentarios fuertes e inmoderados acerca de las Fuerzas Armadas en Grecia. Sin embargo, esos comentarios fueron hechos en un contexto general y en un discurso largo y crítico de la vida del ejército como institución. La carta no fue publicada por el solicitante ni fue diseminada por él a un público mayor, aparte de otro funcionario al que al parecer le fue dada la copia. Ni contuvo insulto dirigido contra el destinatario de la carta o contra cualquier otra persona, por lo que la Corte considera que el impacto en la disciplina del ejército ha sido insignificante (°) La restricción*

²² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Handyside” (El pequeño libro rojo del colegio), Sentencia de fecha 7 de diciembre de 1976, párr. 49.

impuesta no puede justificarse como ‘necesaria en una sociedad democrática’, y constituye una violación del artículo 10, párrafo 2^o”²³.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también se ha pronunciado respecto a lo que debe entenderse por restricciones “*necesarias en una sociedad democrática*”, estimando que, “*(...) de ninguna manera podrían invocarse el ‘orden público’ y el ‘bien común’ como medios para suprimir un derecho garantizado en la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real. Estos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las ‘justas exigencias’ de ‘una sociedad democrática’ que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención*”²⁴.

Continúa la Corte Interamericana señalando que “*(°) sugiere que la ‘necesidad’ y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido (°) las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del*

²³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso “Vogt v. Alemania”, 26/9/1995, serie A, n.323, citado por Enrique Bianchi, en Comentario jurisprudencial, publicado en la revista “Jurisprudencia Argentina”, el 24 de mayo del 2000.

²⁴ *Ibidem*.

pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”²⁵.

De allí se colige que la “restricción” debe ser:

Conducente para conseguir proteger el valor que se puede proteger mediante la restricción de ese derecho particular.

Proporcional, es decir, en la medida estrictamente necesaria para conseguir el fin perseguido.

No debe haber otra alternativa para conseguir el fin que restringir ese derecho, lo que implica que, si la hay, debe emplearse esa alternativa y no otra²⁶.

Volviendo al caso que nos ocupa y, a la luz de la jurisprudencia previamente comentada, se intentará determinar si la restricción impuesta por el artículo 47 del Reglamento de la Armada Nacional procura una “protección de la seguridad nacional” **necesaria** en una “sociedad democrática”.

En primer lugar, debe señalarse que la aclaración que pretendía hacer el oficial de la Armada, a través de una solicitud en la prensa, se refería a cuestiones de su profesión como médico y que afectaban su honor y buen nombre. De ninguna manera se relacionaban con

²⁵ Transcripción del fallo del Tribunal Europeo, en el Caso “Grigoriades v. Greece”, realizado por el Prof. Luis Henkin en su obra “Human Rights”.

²⁶ Véase Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 67.

la seguridad nacional, que encierra conceptos como los de atentar contra la obligación de proteger secretos militares o del Estado.

En tal sentido, y tomando en cuenta que la protección de la seguridad nacional puede consistir una razón válida para limitar la libertad de expresión según los parámetros considerados previamente, siempre que tal restricción “esté ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática” y que “no limiten más de lo estrictamente necesario”²⁷, ello no es aplicable a nuestro caso. Efectivamente, la expresión de las opiniones del oficial médico no podrían poner en peligro secretos de Estado o militares, por lo que la restricción impuesta en tales circunstancias no se justifica para lograr la protección de la seguridad nacional y además, en el caso concreto, riñe con los artículos 11 y 14 de la Convención Americana sobre el derecho a la honra y a la dignidad y el derecho de rectificación o respuesta²⁸.

En lo que respecta al tema de si la restricción era proporcional para conseguir el fin perseguido en una sociedad democrática, la solución se apunta en el mismo sentido que la conclusión de la Corte Europea en el caso *Gregoriades vs. Grecia*²⁹. Efectivamente, el oficial médico es un profesional que presta sus servicios en la Armada, atendiendo pacientes, que ni siquiera tiene el mando de una tropa, por lo que sus

²⁷ Véase, Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, párr. 46.

²⁸ Cecilia Medina Quiroga. *El sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos*. Programa de Libertad de Expresión del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, año 1998.

²⁹ Al igual que las demás restricciones previstas en el artículo 13.2 de la Convención Americana.

declaraciones, relacionadas con una cuestión particular, no revisten peligro alguno para la seguridad nacional.

Por ello, esta restricción establecida en el artículo 47 del Reglamento de la Armada, es totalmente desproporcionada en cuanto al parámetro permitido por el sistema interamericano de limitar la libre expresión de ideas y opiniones lo estrictamente necesario. Así, pareciera ser un indeseable resabio del régimen dictatorial, que viola el derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana y en el artículo 26 de la Constitución Nacional, debido a que se impone de igual manera a todos los militares, cualquiera que fueren sus funciones, y no permite hacer distinción entre actividad profesional y vida privada.

Reconocemos, sin embargo, que para otros casos, como aquellos en los que se busca la protección de secretos militares o del Estado, sí se justificaría la imposición de ciertas restricciones a la libertad de expresión, pues dentro de las justas exigencias de una sociedad democrática es fundamental que las Fuerzas Armadas sean obedientes, no deliberantes y estén subordinadas a los poderes del Estado, siempre y cuando tales restricciones no vayan mas allá de lo estrictamente necesario para garantizar la seguridad nacional, para evitar que se suprima, desnaturalice o prive de su real contenido a un derecho consagrado en la Convención, como es en este caso la libertad de expresión³⁰.

³⁰ Véase, Corte IDH, Derecho de Rectificación o Respuesta, OC-7/86 párrs. 25, 26 y 28.

La restricción del artículo 47 del Reglamento de la Armada respecto a los artículos 26 y 173 de la Constitución Nacional

En cuanto al artículo 26 de la Constitución Nacional, vemos que este es mucho más amplio que el artículo 13 de la Convención Americana, pues establece que: “*Se garantiza la libre expresión así como la difusión del pensamiento y de la opinión, sin censura alguna, sin más limitaciones que las dispuestas en esta Constitución*” y a renglón seguido señala que “*no se dictará ninguna ley que las imposibilite o las restrinja*”. Esto es, el mencionado artículo 26 determina que toda persona tiene derecho a generar, procesar o difundir información, así como a la utilización de cualquier instrumento lícito y apto para tales fines.

Por su parte, el artículo 173 constitucional señala que “*Las Fuerzas Armadas de la Nación constituye una institución nacional que estará organizada con carácter permanente, profesional, no deliberante, obediente y subordinada a los poderes del Estado y sujeta a las disposiciones de esta Constitución y de las leyes. Su misión es la de custodiar la integridad territorial y la de defender a las autoridades legítimamente constituidas, conforme con esta Constitución y las leyes los militares en servicio activo ajustarán su desempeño a las leyes y reglamentos*”.

De aquí se deriva una cuestión interesante que es la aplicación del fuero militar. En tal sentido, es importante recordar que, no obstante “*Las leyes militares son leyes de excepción en cuanto reglan el estado militar, el estado de guerra y la relación de los*

*individuos entre sí que forman parte del ejército y de la Armada de la Nación, como también de sus superiores jerárquicos. Pero (tal) legislación deriva su fuerza y su vigencia de la ley fundamental que es la Constitución; ley suprema, a cuyos principios deben ajustarse todas las leyes que sancione el Congreso”*³¹. De tal forma que, no obstante las leyes relativas al fuero militar tendrían un carácter privativo para aquellas personas que están relacionadas con tal actividad, éstas no escapan de estar adaptadas y orientadas, en cuanto a sus disposiciones, con las garantías y los principios reconocidos por la Constitución.

Efectivamente, *“La legislación militar, solo puede estar vigente en tanto y en cuanto no se oponga a la Constitución Nacional, y todo militar goza de los derechos fundamentales inherentes a todo habitante de la nación, de los cuales no puede ser privado en forma alguna”*³².

Otro aspecto interesante que debemos analizar es el referente a si las restricciones son aplicables igualmente al personal militar retirado y al que se encuentra en actividad. En tal sentido, el artículo 9 de la Ley No. 1115 (Estatuto del Personal Militar), dispone que *“El personal de las Fuerzas Armadas de la Nación podrá encontrarse en alguna de las siguientes situaciones:*

En actividad: cuando se halla desempeñando cargos y ejerciendo funciones efectivas en las Fuerzas Armadas.

³¹ Ver supra.

³² En relación con esto último véase Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 67.

En inactividad: cuando deja de prestar servicio efectivo en las FF.AA. de la Nación, conforme a las disposiciones legales reglamentarias. Comprende: 1. En situación de retiro; 2. Desmovilizado; y 3. Licenciado”.

Ya hemos señalado que pueden existir razones que justifiquen las restricciones a la libertad de expresión de los militares en actividad, en atención a la protección de la seguridad nacional³³, restricciones que deben obedecer a las justas exigencias en una sociedad democrática y que se encontrarían basadas en el carácter no deliberativo y subordinado al poder civil que deben tener las Fuerzas Armadas en un régimen democrático. No obstante, creemos que estas razones no están igualmente justificadas para limitar la libertad de expresión tratándose de militares retirados, pues no se estarían poniendo en peligro los objetivos arriba mencionados de proteger la seguridad nacional.

En efecto, existen elementos particulares de un militar en retiro que hacen insostenible invocar la protección de la seguridad nacional como justificante para restringirles el derecho a la libertad de expresión, tales como su particular situación de no estar destinado al combate y, por ello, sus opiniones no ponen en peligro la seguridad nacional. Además, se estaría cometiendo una indebida discriminación, contraria a las “justas exigencias de una sociedad democrática”, de colocar en distinto plano de igualdad ante la ley a los militares en retiro y a los civiles sin que exista un fundamento suficiente.

³³ Jorge A. González Ramírez y Luis M. Fernández. *Manual de Legislación Militar*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1986, Págs.26 y 27.

En tal sentido, la jurisprudencia argentina recoge fallos, en disidencia, que son importantes para fundamentar la argumentación anterior. Así, en la República Argentina se ha considerado que, “*El mantenimiento de la disciplina militar puede llegar a constituir el ‘interés estatal insoslayable’ que autorice a restringir el ejercicio de la libertad de expresión, pero ello no implica que dicho principio se aplique por igual al personal en servicio activo que al de situación de retiro, por la importante diferencia entre estos últimos y aquellos. En efecto, si bien el militar retirado posee estado militar y está sujeto a la jurisdicción castrense y disciplinaria (artículos. 6to. y 9no. inciso 1ro, Ley 19.101) no existe a su respecto aquel interés en restringir sustancialmente su ‘libertad de expresión’, toda vez que el personal en retiro no ‘está destinado al combate’ de forma tal que la expresión de sus opiniones pueda poner en peligro “la seguridad de la nación misma”*”³⁴.

La justicia argentina agrega más sobre este punto, al señalar que “*La disposición 332, inciso 19 de la reglamentación de Justicia militar, en cuanto se considere aplicable a los militares retirados, es contraria a los derechos constitucionales de la libertad de expresión (artículo 14), pues por su excesiva amplitud permite castigar cualquier tipo de opinión pública, sin tener en cuenta el grado de peligrosidad que ella puede significar al orden público, y también al de igualdad ante ley (artículo 16), al someter a militares retirados a un régimen punitivo en materia de prensa distinto al que rige respecto de los demás*

³⁴ *Ibidem.*

habitantes de la República, discriminando entre uno y otro grupo sin que exista en el caso un fundamento relevante que justifique tal procedimiento, por lo que corresponde hacer lugar a la acción de habeas corpus”³⁵.

Conclusiones y propuesta

Del estudio del caso propuesto, tomando en cuenta las normas y la jurisprudencia internacionales, principalmente las relacionadas con el sistema interamericano, y la Constitución Nacional, llegamos a las siguientes conclusiones:

La prohibición de la censura previa es de carácter absoluto en la Convención Americana, aun para los militares, con la sola excepción de la norma contenida en el párrafo 4 del artículo 13 que permite la censura de los espectáculos públicos para la protección de la moralidad de los menores.

Toda restricción impuesta a la libertad de expresión de los militares debe estar contemplada en una ley, buscar la protección de la seguridad nacional y ceñirse a las justas exigencias de una sociedad democrática, siempre que tal restricción no limite más de lo estrictamente necesario el goce de los derechos consagrados en la Convención Americana, en este caso, el derecho a la libertad de expresión.

El mantenimiento de la disciplina dentro de la institución militar es clave para el funcionamiento de

³⁵ Artículo 13.2.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

los ejércitos, sin embargo, invocando dicha disciplina, no se pueden dictar leyes excesivamente amplias que castiguen todo tipo de expresión sin tener en cuenta si ellas son o no peligrosas para el bien jurídico protegido.

El carácter no deliberativo y subordinado que en una democracia deben tener las Fuerzas Armadas es el fundamento para, eventualmente, restringir la libertad de expresión de los militares alegando razones relacionadas con la protección de la seguridad nacional, pero dichas normas no deben tener carácter absoluto. Se deberían contemplar supuestos en los que militares en servicio activo podrían hacer declaraciones a los medios masivos de comunicación, cuando se trate de cuestiones particulares que afecten el honor y buen nombre de la persona, como el caso que nos ocupa, y no se refieran a la seguridad nacional, donde está en juego la necesidad de proteger secretos de Estado, secretos militares o cuando hay una amenaza real a la disciplina del ejército o a las autoridades del Estado democráticamente electas.

Por otra parte, cuando se impongan restricciones de acuerdo con lo señalado previamente, se debe diferenciar entre militares en servicio activo y en situación de retiro.

El desconocimiento de sus derechos por parte del personal de la Armada, el miedo al castigo y las arbitrariedades que existen en el estamento militar, ha dado lugar a que la gran mayoría del personal acepte pasivamente sanciones impuestas por el reglamento que fue motivo de discusión en este estudio y que, a todas luces, viola los más elementales principios del derecho.

Este tipo investigación, a la luz de las normas y jurisprudencia internacionales y las normas constitucionales, puede traducirse en recomendaciones para una revisión de aquellas figuras y ordenamientos jurídicos que coartan la libertad de expresión de los integrantes de las Fuerzas Armadas de Paraguay, en contraposición con lo dispuesto por la Constitución Nacional y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Bibliografía

Bianchi, Enrique, Caso “Vogt” (1995), comentario jurisprudencial, publicado en la revista “Jurisprudencia Argentina”, el 24 de mayo del 2000.

Constitución del Paraguay. Año 1992.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

González Ramírez, Jorge A y Luis M. Fernández, Luis M. Manual de Legislación Militar. Ediciones Depalma Buenos Aires, 1986.

Henkin, Luis, “Human Rights”, transcripción del fallo en el Caso “Grigoriades v. Greece”.

Jurisprudencia argentina. Disidencia de los doctores Bacque y Petracchi. (CS.,junio 29-1989) ED. 134-631.- con notas de Santiago M. Sinopoli y Germán J. Bidart Campos (Biblioteca del Palacio de Justicia. Asunción-Paraguay)

Ley No. 1155/97 del Estatuto del Personal Militar.

Medina Quiroga, Cecilia. El sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Programa de Libertad de Expresión del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998.

Medina Quiroga, Cecilia y Mera Figueroa, Jorge. Cuadernos de Análisis Jurídicos No. 6: Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos. Serie de publicaciones especiales, Chile, setiembre 1996.

Programa de Libertad de Expresión del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Casos: “La colegiación Obligatoria de Periodistas”, “Martorell”, “Handyside”.

Opinión Consultiva OC-7/86. El Derecho de Rectificación o Respuesta, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencias de 5 y 6 de febrero de 2001, Bustos Olmedo y otros vs. Chile e Ivcher Bronstein Vs. Perú, respectivamente.

Reglamento de la Armada Nacional.

8. Libertad de expresión y propaganda electoral: el caso paraguayo

*Fernando Robles **

Introducción

En virtud de los *gobiernos de facto* que bajo la forma de dictaduras militares, personales o regímenes de partido único se establecieron en la gran mayoría de los países de América Latina durante buena parte del siglo anterior, que ejercieron el poder en forma autoritaria, dictatorial y despótica, el tema de los derechos humanos había sido relegado e incluso ignorado por las autoridades oficiales y había estado ausente, también, del debate y de los planteamientos teóricos en los centros de estudios e investigación, así como en las consideraciones de la sociedad en general.

Esto explica la escasa importancia que se había venido dando a los temas jurídicos pertenecientes a la

* Fernando Robles Alcaraz es abogado, con postgrado en Gestión Empresarial. Activista de derechos humanos y defensor de presos políticos durante la dictadura de Strossner. Asesor de varias ONG's dedicadas a sectores sociales, especialmente en la recuperación legal de tierras para comunidades indígenas. Realizó cursos de especialización en gestión pública en Japón y el Curso de Derechos Humanos en el Instituto Holandés de Derechos Humanos, en La Haya.

esfera de los derechos humanos y, por ende, a su escasa difusión. Pero este “olvido” ha incidido de forma más grave al continuar existiendo, no obstante el regreso a la democracia, un prácticamente nulo ejercicio de su defensa y, por tal motivo, una práctica reiterada de conculcarlos de una u otra forma.

Con tales antecedentes, no es de extrañar que en Paraguay la actual protección de los derechos humanos en general, y de la libertad de expresión en particular, al ser esta última un elemento de suma importancia no sólo entre la gama de derechos humanos reconocidos tanto en el derecho internacional¹ como en el derecho doméstico², sino también por constituir un elemento de suma importancia para la construcción de sociedades democráticas³, presente algunas deficiencias tanto a nivel legislativo como judicial⁴.

De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar que la libertad de expresión es un derecho que en Paraguay es debatido desde hace pocos años, por lo que la gran mayoría de los paraguayos desconocemos la real importancia de este derecho y de cómo ejercitarlo.

El presente trabajo tiene por objeto considerar el ejercicio de la libertad de expresión en el marco de la normativa electoral de Paraguay, puntualmente en lo que se refiere al uso de la propaganda electoral,

1 Artículos 13, 14 y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

2 Artículo 26 de la Constitución de Paraguay.

3 Véase Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas, Opinión Consultiva OC-5/85, Serie A No.5, párrs. 69 y 70. También Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y Otros vs. Chile), sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 68.

4 Aunque esta situación no debe ser muy distinta en la mayoría de los países de América Latina.

haciendo un breve repaso histórico sobre el desarrollo de la libertad de expresión en el país y de la normativa básica existente en la Constitución de la República de Paraguay.

Antecedentes

Hasta la caída de la dictadura⁵, en la República de Paraguay había sido imposible cuestionar a la autoridad pública, máxime si ella ostentaba algún poder político. Así, los derechos humanos fueron, como en tantos otros países de la región, sistemáticamente violados y la libertad de expresión, como derecho en ejercicio, era prácticamente desconocida. Así, las excepcionales acciones judiciales promovidas en reclamo de algún tipo de violación de derechos humanos fueron de plano rechazadas o retardadas hasta su inutilidad, actuando invariablemente la maquinaria judicial como apéndice del poder político.

Efectivamente, en la prolongada etapa dictatorial, el aparato jurisdiccional fue montado estructuralmente con amplia discrecionalidad desde el Ejecutivo y, por lo tanto, con limitada independencia. Así, podemos observar que las Constituciones anteriores a la actual facultaban al Presidente de la República para nombrar y remover a los magistrados judiciales a voluntad, incluidos los miembros de la Corte Suprema de Justicia. En tal contexto, era lógico suponer que ningún juez tuviera la suficiente independencia para acoger una

5 Alfredo Stroessner se mantuvo en el poder en el Paraguay durante 35 años concentrando el poder absoluto, habiendo implantado una de las dictaduras más feroces de la historia latinoamericana, desde 1954 hasta 1989, fue derrocado por un golpe militar llevado a cabo los días 2 y 3 de febrero de 1989.

causa judicial y resolver autónomamente conforme a derecho, aun en los casos más notorios de violaciones de derechos elementales.

Sin embargo, una vez derrocada la dictadura la situación comenzó a cambiar y, en materia de derechos humanos, la legislación internacional que protege a éstos fue acogida por el nuevo gobierno mediante la incorporación de la República de Paraguay en instrumentos internacionales sobre la materia. Fue tanta la importancia que se le dio a este tema, que resulta significativo destacar que el Pacto de San José⁶ fue el primer instrumento normativo de rango internacional acogido y ratificado por el primer Parlamento surgido en el nuevo régimen.

Asimismo, la caída de la dictadura implicó el intento de instaurar un nuevo orden político en el país e iniciar, por lo tanto, un proceso de democratización. En tal sentido, la reforma del Estado no se hizo esperar y la descentralización política y administrativa de este fue establecida en la Constitución sancionada en 1992, consagrándose allí las autonomías, políticas y normativas, de las gobernaciones y municipalidades, rompiendo de este modo con una fuerte tradición centralista del Estado.

Esta nueva relación entre gobierno central, gobernaciones y municipalidades fue impulsada aún más a través de una novedosa ley electoral que incorporó institutos nunca antes contemplados, como la candidatura independiente y, fundamentalmente, la

⁶ La ratificación del Pacto de San José fue el primer acto legislativo del Congreso paraguayo surgido inmediatamente después del derrocamiento de la dictadura, tal ratificación se llevó a cabo mediante la ley N° 1/89.

elección de intendentes y consejos municipales por elección directa del pueblo⁷. De igual forma, se dispuso de una mayor apertura política y de opinión, permitiéndose además una mayor libertad de movimiento, de accionar y de promoción de las actividades de los partidos políticos, otorgándose para ello más facilidades de acceso de la prensa y a las fuentes de información públicas.

Asimismo, la nueva Constitución consagró expresamente el derecho a la libertad de expresión, estableciendo además otras disposiciones normativas para asegurar su goce -lo que veremos con más detenimiento en el acápite siguiente- y, por último, se implementaron medidas reivindicativas inmediatas, como la reapertura de medios de comunicación que habían sido arbitrariamente clausurados por la dictadura⁸.

Así, se puede decir que, después de diez años de la ratificación del Pacto de San José por el parlamento paraguayo, la libertad de expresión, como otros tantos derechos protegidos por este instrumento internacional, parece llamar la atención de la colectividad jurídica y política, aunque, en un grado aún relativo.

7 La primera ley electoral posterior a la dictadura estableció la elección directa de candidaturas, la elección por primera vez en sufragio popular de los intendentes y consejos municipales, potenciando a los gobiernos locales.

8 Sin embargo, es importante señalar que la figura del *defensor del pueblo*, prevista en el artículo 276 de la Constitución de 1992, no ha sido establecida aún debido a la falta de acuerdo entre los congresistas, no habiéndose logrado reunir el número de votos necesarios para su designación. Esta figura jugaría un papel vital en la promoción y protección de los derechos humanos, porque la Constitución le otorga amplias facultades, como dictaminar las procedencias de los reclamos y las indemnizaciones de parte del Estado a favor de las víctimas de las violaciones a los derechos humanos durante el régimen dictatorial.

Breves apuntes sobre la libertad de expresión en la Constitución de la República de Paraguay

En este punto analizaremos las disposiciones constitucionales más importantes en relación con el derecho a la libertad de expresión. Para comenzar, el artículo 26 de la Constitución consagra el principio básico en materia de libertad de expresión. Tal disposición expresa lo siguiente:

*“Se garantiza la libre expresión y la libertad de prensa, así como la difusión del pensamiento y de la opinión, **sin censura previa**, sin más limitaciones que las dispuestas en esta Constitución; en consecuencia, **no se dictará ninguna ley que las imposibilite o restrinja**⁹. No habrá delito de prensa, sino delitos comunes cometidos por medio de la prensa. Toda persona tiene derecho a generar, procesar o difundir información, como igualmente a la utilización de cualquier instrumento lícito y apto para tales fines”.*

Por su parte, al inicio del artículo 28, en su Capítulo II, se refiere al derecho a la información, señalando que:

“Se reconoce el derecho de las personas a recibir información veraz, responsable y ecuéanime (...)”.

Aquí encontramos una contradicción entre las disposiciones constitucionales pues, si bien el artículo 26 de la Constitución establece una amplia e irrestricta protección a la libertad de expresión, la primera parte del artículo 28 impone un requisito al derecho a la información que limita gravemente este derecho fundamental.

⁹ El subrayado es nuestro.

Efectivamente, los calificativos constitucionales asignados a la información de “veraz, responsable y ecuánime”, además de contrariar el espíritu de amplitud de este derecho según la redacción del artículo 26 constitucional, se contraponen al artículo 13 de la Convención Americana, que establece que la libertad de expresión e información no debe tener ningún condicionamiento previo. De tal suerte que tanto el artículo 13 de la Convención Americana, como la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión y el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que se refieren a la libertad de expresión, información y opinión, protegen el derecho de acceder a *toda* la información, y no solo a aquella que pueda ser considerada como “veraz, responsable o ecuánime”¹⁰. Por lo tanto, el contenido de la primera parte del artículo 28, sugiere una censura previa que vuelve nugatoria la expresa prohibición a esta, establecida en el artículo 26; además contraría la reiterada jurisprudencia del sistema interamericano en el sentido de prohibir expresamente esta censura¹¹.

En este sentido, las normas internacionales y la jurisprudencia más avanzada han indicado que únicamente podría ser sancionada la información que demuestre ser errónea y producida con *real malicia* e, inclusive en ese caso, la sanción debe ser producto de

¹⁰ CIDH, Informe Especial sobre Paraguay 2001, Capítulo VI, párr. 18. Véase también Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión en Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión, Capítulo II Principio 7, acápite B, párrafos 31 a 35, en Informe Anual de la CIDH, 2000.

¹¹ Ver CADH, artículo 13. También consultar Corte IDH, la Colegiación Obligatoria de Periodistas, párrs. 33 y 38. También, Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo”, párr. 71 y CIDH, Informe 11/96 Caso 11.2301 Chile (Martorell), párr. 55.

una actuación ulterior, y en ningún caso se puede buscar condicionarla con anterioridad¹².

Por otra parte, el mismo artículo 28 establece el derecho al acceso a la información en poder del Estado. Este es un derecho fundamental de los individuos porque constituye uno de los mecanismos más eficaces para el control ciudadano sobre las actuaciones de las autoridades y para el afianzamiento de las democracias en el hemisferio¹³ y, en consecuencia, está incluido en el artículo 13.1 de la Convención Americana, en cuanto establece la libertad de *buscar* información¹⁴. También la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, en su “Principio 4” lo señala muy claramente¹⁵.

Así, la Constitución de Paraguay ha señalado en el mencionado artículo 28 que:

“(...) Las fuentes públicas de información son libres para todos. La ley regulará

¹² Véase Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión. Informe Anual de la CIDH, 1999. Volumen III, pág. 31.

¹³ En este sentido, véase el Informe Especial sobre Paraguay, CIDH, 2001, Capítulo VI, párrs. 27, 31, 32, 33 y 34. Ver también, Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión en Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión. Principio 4, párrs. 17 a 20 del acápite B de ese capítulo, en Informe Anual de la CIDH, 2000. En este sentido también ver Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 70.

¹⁴ En este sentido, véase el Informe Especial sobre Paraguay, CIDH 2001, Capítulo VI, párr. 28. Ver además, Corte IDH, la Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 30.

¹⁵ La Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, principio 4, señala que: “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 solo admite las limitaciones excepcionales que deben estar previamente establecidas por la ley para el caso de que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas”.

las modalidades, plazos y sanciones correspondientes a las mismas, a fin de que este derecho sea efectivo”.

Si bien se encuentra consagrado en la Constitución este derecho de acceso a la información en poder del Estado, es necesario mencionar que no existe una ley que reglamente el acceso público a esta información y, de igual forma, no se han establecido criterios claros de clasificación de la información que no se publica. Por ello, al ser el principio general el de publicidad de los actos públicos y por ser de tanta trascendencia para la sociedad, los criterios que establezcan las excepciones deben estar explícitamente establecidos en la ley¹⁶, y esto es una grave omisión en el ordenamiento normativo paraguayo.

Un último aspecto importante en relación con la libertad de expresión inserto en la Constitución paraguaya es el establecimiento expreso de la acción de *hábeas data*. Esta acción tiene como fin establecer el derecho de toda persona 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 caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificara y/o enmendarla¹⁷.

Efectivamente, el artículo 135 de la Constitución dispone que: *“Toda persona puede acceder a la información ya los datos que sobre sí misma, o sus*

¹⁶ En este sentido, véase el Informe Especial sobre Paraguay, CIDH 2001, Capítulo VI, párr. 30.

¹⁷ En este sentido, véase el Informe Especial sobre Paraguay, CIDH, 2001, Capítulo VI, párr. 21. Véase también Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión en Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión, Capítulo II Principio 3, acápite B, párrafos 12 a 16, en Informe Anual de la CIDH, 2000.

bienes, obren en los registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos si fuesen erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos”.

En relación con el ejercicio de *hábeas data*, dispuesto en el artículo 135, el artículo siguiente, el 136, señala las obligaciones de los magistrados de justicia para conocer los recursos previstos en la constitución y de responsabilidades derivadas de un proceder ilegítimo de la autoridad, dándole entonces el carácter de recurso de desahogo obligatorio, y dice:

“Ningún magistrado judicial que tenga competencia podrá negarse a entender en las acciones o recursos previstos en los artículos anteriores; si lo hiciere injustificadamente será enjuiciado y, en su caso, removido”. En las decisiones que dicte el magistrado judicial deberá pronunciarse también sobre las responsabilidades en que hubieren incurrido las autoridades por obra del proceder ilegítimo y, de mediar circunstancias que prima facie evidencien la perpetración de delitos, ordenará la detención o suspensión de los responsables, así como toda medida cautelar que sea procedente para la mayor efectividad de dichas responsabilidades. Asimismo, si tuviese competencia instruirá sumario pertinente y dará intervención al Ministerio Público, sino la tuviese, pasará los antecedentes al magistrado competente para su persecución”.

Por último, de acuerdo con el Código de Procedimientos Civiles, el procedimiento para ejercitar

la acción de *hábeas data* es el ordinario y se encuentra exento del pago de tasa judiciales.

De esta manera, se ha dado un importante avance en el establecimiento de esta acción en Paraguay, siendo éste uno de los pocos países del hemisferio que cuenta con una acabada legislación referente a la acción de *hábeas data*¹⁸.

Hasta aquí este somero repaso de la Constitución de Paraguay en materia de libertad de expresión, a continuación enfocaremos este trabajo en su aspecto electoral, esto es, en el régimen regulatorio de la propaganda electoral establecido en la ley electoral paraguaya y su relación con la libertad de expresión.

El régimen de la propaganda electoral en la legislación paraguaya. Algunas consideraciones generales

En principio, es importante señalar que la propaganda, de cualquier orden que sea, es una manifestación, por un lado, de la voluntad de expresar, de comunicar de un individuo, grupo o sector y, por otro lado, es una manifestación del derecho de la sociedad a conocer tal posición o propuesta. En tal sentido, constituye una de las formas de manifestación de la libre expresión y por ello debe ser un valor protegido por la ley¹⁹, más aún cuando este derecho, al ser

¹⁸ Véase Informe Especial sobre Paraguay 2001, Capítulo VI, CIDH, párr. 26.

¹⁹ En ese sentido, véase CIDH, Informe 11/96 Caso 11.230 Chile (Martorell), párrs. 53 y 54. También, véase Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas, párrs. 30, 31, 32 y 33. Además, Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo”, párrs. 64, 65, 66 y 67 y Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Sentencia del 6 de febrero de 2001, párrs. 146, 147, 148 y 149.

considerado una de las piedras angulares de la democracia²⁰, incide directamente sobre el juego político mediante la expresión y difusión de la propaganda político-electoral.

Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue muy explícita sobre este valor de la libertad de expresión en una sociedad democrática, al señalar que “La libertad de expresión (...) es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos (...) y en general quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opiniones, esté suficientemente informada. Por ende se puede afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre²¹.”

En tal contexto, el Código Electoral Paraguayo (Ley 834/96), haciendo eco de este aspecto de la libertad de expresión, concede a los contendores electorales, partidos políticos, movimientos y alianzas electorales, la posibilidad de dar a conocer al electorado sus propuestas, con el fin de perseguir y obtener la adhesión a sus proclamas y, consiguientemente, sus votos²².

²⁰ Véase Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo”, párr. 68. También CIDH, Informe 11/96, Caso 11.230 Chile (Martorell) párr. 57 y Corte IDH, la Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 70.

²¹ Corte IDH, la Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 70. La negrita en las frases “partidos políticos” y “deseen influir” son nuestras.

²² En tal sentido, el artículo 286 de la Ley 834/96, dispone lo siguiente: “Los partidos, movimientos políticos y alianzas podrán realizar toda clase de actividades propagandísticas por los diversos medios de comunicación para hacer conocer su doctrina, así como informaciones para sus afiliados y la opinión pública”. También, el artículo 290 de la Ley 834/96, Código Electoral, dispone sobre la propaganda electoral lo siguiente: “(...) la difusión de la plataforma electoral, así como los planes y programas de los partidos, movimientos y alianzas, con la finalidad de concitar la adhesión del electorado...”.

Aquí nos encontramos, entonces, frente al reconocimiento de un tipo específico de oferta informativa, esto es, la propaganda político-electoral, que es cobijada bajo la influencia de los principios de la libertad de expresión, al reconocerse que puede ser dada a conocer al electorado con el fin de obtener la adhesión a sus proclamas. Pero también, aunque de manera tácita, se concede el derecho al electorado para conocer las propuestas políticas existentes y normarse de un criterio a la hora de ejercer sus opiniones. De esta manera, en términos de propaganda política y dentro de un ámbito general de conceptos, podemos notar una coincidencia de principios que, sobre la libertad de expresión, esgrimen tanto el sistema interamericano como el derecho paraguayo.

Una vez que hemos determinado que la propaganda político-electoral constituye una forma de ejercicio de la libertad de expresión, conviene ahora comentar si las limitaciones que la misma legislación electoral impone a la propaganda electoral, limitaciones derivadas de su naturaleza intrínseca, se contraponen con las disposiciones establecidas en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Comenzamos con la regla general establecida en el artículo 300 de la Ley 834/96, que es muy clara:

*“La propaganda electoral es un derecho de todos los electores, partidos, movimientos políticos y alianzas. **Nadie podrá impedir la propaganda electoral** ²³ ni utilizar o alterar o perturbar los medios lícitos empleados para su realización, so*

²³ El subrayado es nuestro.

pena de sufrir las sanciones más adelantadas establecidas”²⁴.

Ahora bien, el tenor del artículo 290 de la mencionada ley, en su último párrafo, pareciera constituir una primera limitación implícita, a *contrario sensu*, en cuanto al contenido de la propaganda electoral, al señalar que esta deberá constituir:

“(...) una alta expresión de adhesión a los valores del sistema republicano y democrático (...)”.

Esta limitación pareciera estar acorde con los parámetros de excepción a la libertad de expresión contenidos en el artículo 13 de la Convención Americana²⁵. Esto es así si se interpretan los párrafos 2.b²⁶ y 5 del artículo 13 de la CADH, de tal forma que se considere que las manifestaciones contrarias a los valores del sistema democrático pueden derivar en un menoscabo al orden público, así como también si se estima que toda propaganda en favor de la guerra o que implique una apología del odio racial, nacional o religioso, que incite a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, es contraria a los valores del sistema republicano y democrático.

Efectivamente, es claro que el ideario de valores del sistema democrático no incluye este tipo de extremos - odio racial, nacional, religioso, incitación a la guerra o a la violencia-, y que su uso promocionista en el ámbito político-electoral puede traducirse en una amenaza

²⁴ El subrayado es nuestro.

²⁵ CIDH, Informe 11/96, Caso 11.230 Chile (Martorell) párr. 55.

²⁶ Corte IDH, la Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 36.

grave para el orden público en una sociedad democrática. Para ello es muy ilustrativo considerar los razonamientos de la Corte Interamericana, en el sentido de que el concepto de orden público “(...) *en cuanto se invoque(n) como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las ‘justas exigencias’ de ‘una sociedad democrática’ que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención*”²⁷.

En la estimación, entonces, de que las justas exigencias de una sociedad democrática incluyen el impedir la violencia como plataforma para acceder al poder y al odio como ideario político, al ser estos contrarios a los valores del sistema democrático, así como al espíritu y letra de la Convención, podríamos concluir que la limitación de contenido del artículo 290 de la Ley Electoral de Paraguay se circunscribe dentro de los parámetros establecidos en el sistema interamericano²⁸.

Siguiendo con este análisis, el tercer párrafo del mismo artículo 290 establece otra restricción que también merece ser comentada:

“La propaganda electoral se extenderá por un máximo de ciento ochenta días, contados

²⁷ Corte IDH, la Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 67 *in fine*.

²⁸ En este mismo sentido, el artículo 285 de la Ley 834/96 o el Código Electoral, que regula la propaganda política en términos muy similares al derecho internacional, dispone que "El contenido de la propaganda política estará permanentemente inspirado en el fortalecimiento de la democracia, el respeto a los derechos humanos y la educación cívica del pueblo. Están absolutamente prohibidos los mensajes que contengan alusiones personales injuriosas denigrantes hacia cualquier ciudadano o que signifiquen ataques a la moralidad pública y las buenas costumbres".

retroactivamente desde dos días antes de los comicios, en los que está prohibida²⁹ toda clase de propaganda electoral. En los comicios internos de los partidos políticos, la propaganda electoral no podrá exceder de sesenta días”.

Una vez más, el criterio establecido en el artículo 13.2.b con respecto al orden público y su valoración deben ser discutidos. Efectivamente, en esta ocasión habría que determinar si tal prohibición temporal se ciñe dentro de las “justas exigencias de una sociedad democrática”. Si se estima que la reflexión previamente inmediata a los comicios -incluso en el momento mismo de la jornada electoral- es necesaria, con el fin de analizar las distintas propuestas político-electorales, lo cual es indispensable para emitir un voto razonado y libre, y que tal reflexión debe estar exenta de toda propaganda electoral que incida de manera inmediata en la conciencia del ciudadano, impidiéndole efectuar tal ejercicio en la intimidad, es válido afirmar que esta limitación responde a una “justa exigencia de una sociedad democrática”, debido a que la emisión de un voto razonado y libre fortalece al sistema democrático. Si tal prohibición no existiese, se estaría atentando contra el orden público, al impedírsele al individuo votar reflexiva y razonablemente en la intimidad y, por lo tanto, es aplicable la limitación establecida en el artículo 13.2.b de la Convención, en lo que se refiere al orden público, según la propia interpretación de la Corte Interamericana³⁰.

²⁹ El subrayado es nuestro.

³⁰ Estas consideraciones se podrían aplicar de igual forma a las restricciones establecidas en el artículo 305 de la ley electoral en relación con las encuestas de opinión: “*Queda prohibida la difusión de resultados de encuestas de opinión desde los quince*

Por su parte, el párrafo cuatro del mismo artículo 290 señala otra limitación, ahora en cuanto al uso de los medios masivos de comunicación para difundir la propaganda electoral, que señala:

“La propaganda electoral a través de los medios masivos de comunicación social se extenderá por un máximo de sesenta días contados retroactivamente desde dos días antes de los comicios. En los comicios internos de los partidos políticos la propaganda no podrá exceder de treinta días”

Sobre este mismo punto, el artículo 301 del Código Electoral establece que:

“La propaganda estará limitada por partido, movimiento político o alianza, a no más de media página por edición o su equivalente en número de centímetros de columna, en cada uno de los periódicos y revistas. En lo que respecta a la propaganda por televisión o radio, cada partido, movimiento político o alianza tendrá derecho a un máximo de cinco minutos por canal o radio, por día”.

Estas dos disposiciones, una sobre el plazo perentorio de sesenta días dentro de un máximo de ciento ochenta para difundir la propaganda electoral a través de los medios masivos de comunicación, y la otra sobre la amplitud de espacio y tiempo para difundir la propaganda en tales medios, no deben entenderse

días inmediatamente anteriores al día de las elecciones. Las publicaciones deberán contener la correspondiente ficha técnica”. También se aplica para lo señalado en el artículo 306 en lo que respecta a los resultados obtenidos “en boca de urna” al establecer que: “Queda prohibida la difusión de resultados de sondeos de boca de urna, hasta una hora después de la señalada para el cierre de las mesas receptoras de votos”.

necesariamente como limitaciones. Efectivamente, al existir un mandato legal que limita, pero también uniforma, el máximo tiempo y espacio del se puede hacer uso en los medios de comunicación, se otorga la posibilidad de que las asociaciones políticas con menos recursos, no sean arrasadas por aquellas con mayores recursos y que, por lo tanto, podrían usar durante más tiempo y en más espacio los medios de comunicación masiva para difundir su propuesta. Desde otro punto de vista, esta disposición prohíbe que se impida el acceso de algunos partidos o agrupaciones políticas a ciertos medios masivos de comunicación, evitándose de esta manera el establecimiento de controles públicos o privados para la difusión de este tipo de información³¹.

De nuevo, se debe aplicar el criterio de “las justas exigencias de una sociedad democrática” para justificar esta limitante, pues es indudable que en una sociedad democrática debe existir igualdad para informar y, además, se debe respetar el derecho de la sociedad en su conjunto de buscar información³², más aún si se trata de una propuesta político-electoral que incide directamente en el juego democrático, y que podría impactar no solo en la vida democrática, sino en su existencia misma.

³¹ Ver párrafo 3 del artículo 13 de la CADH y Corte IDH, la Colegiación Obligada de Periodistas, párr. 34, 48 y 56. Por su parte, los artículos 287, 288 y 289 de la Ley 834/96 apuntan en este sentido, al establecer disposiciones sobre la capacidad financiera de los grupos o partidos políticos y su acceso, en condiciones de igualdad, a los medios masivos de comunicación, basándose para ello en los principios de no discriminación y de equidad de oportunidades de participación en la contienda política.

³² Véase Corte IDH, la Colegiación Obligada de Periodistas, párr. 30 a 33. También Caso “La Última Tentación de Cristo”, párrs. 64 a 67; y Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein, párrs. 146 a 149.

Por ello, si no se establece un parámetro legal que uniforme el derecho de todas las agrupaciones políticas, más allá de su capacidad financiera, para difundir su propaganda político-electoral, se estaría violentando el orden público, por ser contrario a las justas exigencias de una sociedad democrática, el no ofrecer igualdad de oportunidades para contender en los comicios, en este caso mediante la difusión de la propuesta política, y también se vería coartado el derecho de la sociedad a estar informada³³. Con ello se pretendería evitar que algunas agrupaciones políticas, por su ideología o su identificación con ciertos sectores sociales, dispongan de más recursos económicos y, por ende, tengan la capacidad de efectuar una mayor difusión de su propuesta, en detrimento de otras agrupaciones políticas, y avasallando con bombardeo propagandístico a la sociedad en su conjunto. Esta, además, vería seriamente minado su derecho a buscar información y a estar informada de todas las opciones y propuestas políticas existentes, por lo tanto, se estaría atentando directamente contra la democracia, por ser la libertad de expresión una de sus piedras fundamentales³⁴.

Sobre estos dos últimos puntos –párrafos tercero y cuarto del artículo 290, concomitantemente con los artículos 305 y 306- es muy pertinente un razonamiento de la Corte Interamericana sobre las restricciones a la libertad de expresión. Así, el Alto Tribunal hemisférico

³³ Este mismo razonamiento podría ser aplicado también en cuanto a la limitación de tiempo de ciento ochenta y sesenta días retroactivos a dos días antes de las elecciones, según se trate de comicios generales o elecciones internas de los partidos, establecido en el párrafo 3 del artículo 290 ya comentado.

³⁴ Véase Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo”, párr. 68.

opinó que “...la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2 dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido...” (...) y “...para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13...”³⁵.

De esta forma y atendiendo a lo comentado anteriormente, consideramos que las restricciones previstas en este apartado se ciñen dentro de las justas exigencias de una sociedad democrática. Existen imperativos sociales claramente justificados que limitan –y no suprimen– el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en lo que respecta a la difusión de la propaganda electoral, tales limitaciones implican la forma menos restrictiva posible.

Una reflexión final sobre estos aspectos nos lleva a diferenciar la propuesta política de la propaganda electoral. Así, la propuesta política es el ideario o la concepción ideológica de una agrupación de personas, que en todo momento puede ser difundida, pues constituye una manifestación de ideas. La propaganda electoral es la información destinada a influir de manera

³⁵ Corte IDH, la Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 46.

inmediata en la población para la elección de candidatos a puestos públicos, por medio de la publicidad.

Consideramos que las propuestas políticas deben ser difundidas ampliamente, sin limitaciones, protegidas por los principios de interdicción de la censura previa y responsabilidad ulterior, por constituir este tipo de manifestaciones de ideas un eje medular en la vida democrática y del ejercicio del derecho a la libertad de expresión. En cuanto a la difusión de la propaganda electoral, por sus propios fines y naturaleza, debe ser menos amplia, debe regularse y, en su caso, controlarse, para que no se degenere su naturaleza y se convierta en una amenaza para la libertad de expresión y la democracia, a través de su uso excesivo y desproporcionado.

El ejercicio final, la posición judicial al respecto

Por último, se mencionarán algunas opiniones judiciales sobre estas restricciones legales establecidas en el Código Electoral, las que, como se podrá apreciar, no difieren mucho de las consideraciones efectuadas en el apartado anterior en cuanto a su proceso de razonamiento y en relación con las conclusiones alcanzadas.

En tal sentido, se muestra como ejemplo el caso de la acción promovida por el Canal 13 de Asunción, por presunta inconstitucionalidad de la ley electoral paraguaya, precisamente sobre los artículos que

establecen las restricciones a la propaganda electoral y que discutimos previamente.

Así, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay estudió y resolvió en consecuencia, recayendo el Acuerdo y Sentencia N° 98/98. Las cuestiones sometidas a consideración de la Corte fueron:

- La publicidad o propaganda electoral y, específicamente, las limitaciones establecidas a ella en el Código Electoral.
- La prohibición de publicar encuestas durante un lapso de quince días anteriores a la fecha de las elecciones.
- La prohibición de dar a conocer los resultados de sondeo de boca de urna hasta una hora después del cierre de la elecciones.
- La sanción impuesta a los medios de prensa o particulares que infrinjan las normas de prohibición.

En esta ocasión, mencionaremos los aspectos conclusivos de las opiniones vertidas por la Corte Suprema en relación con los puntos 1, 2 y 3.

Así, en relación a la presunta inconstitucionalidad del artículo 290 -se debe considerar que la impugnación del recurrente se refiere a los párrafos 3° y 4° ya anteriormente transcritos- la Corte Suprema sostiene que la restricción impuesta a la prensa para incitar o estimular a los destinatarios de sus mensajes a votar por determinadas candidaturas fuera del plazo establecido por la ley *“no constituye sino el ejercicio (de) la facultad reglamentaria que la Constitución atribuye al*

Congreso”. Concluye apuntando que la limitación legal está dirigida a proteger al votante de la incitación al voto que, a criterio de la Corte Suprema, debe quedar fuera del arbitrio de la prensa, siendo por otra parte, perfectamente válida la propagación de noticias de interés público si difunde expresiones que no constituyan operación publicitaria de candidaturas en pugna³⁶.

En cuanto a la limitación del tiempo para la realización de propagandas, la Corte fue de la opinión, amparándose para ello en la legislación comparada, que la falta de limitación en tal sentido favorecería a los grupos de presión o intereses económicos más poderosos en detrimento de otros que no disponen de esos medios.

Por otra parte, en el momento de considerar la impugnación al artículo 301 -limitaciones de espacio en los medios escritos y de tiempo en los medios audiovisuales-, la Corte Suprema las encuentra, asimismo, justificadas también por razones económicas, pues considera a estos mecanismos de restricción como una manera de frenar una confrontación de poderes económicos, en detrimento de la contribución a la formación de la voluntad política. Apunta en esta parte que se precautela contra el riesgo de “*sustituir la democracia por la plutocracia*”. Concluye la Corte Suprema, luego de un extenso

³⁶ Este último párrafo es medular y concordante con los últimos párrafos del capítulo IV de este trabajo, pues hace una distinción muy importante entre el derecho de expresar de manera amplia y libre, como lo dispone el artículo 26 de la Constitución, opiniones políticas o de interés público en todo momento, y la restricción a tiempos electorales de la propaganda electoral propiamente dicha, que busca publicitar candidatos a puestos públicos en pugna.

análisis y citas bibliográficas, en que conviene limitar la propaganda política en su cantidad e intensidad, para evitar: “abusos y costos exagerados en los medios de comunicación colectiva”. Finaliza indicando que tales restricciones, con la condición de que sean equilibradas entre lo permitido y lo prohibido, entre la libertad política y la igualdad de oportunidad entre los distintos partidos, alianzas y grupos políticos, “fortalecen la democracia” ya que, “los excesos la distorsionan”.

En cuanto a las restricciones a la publicación de encuestas, La Corte Suprema encuentra razonable su prohibición en “razón del interés público”. Aquí cabe mencionar que existió una opinión contraria por parte de uno de los Ministros de la Suprema Corte al considerar que no encontró “ninguna referencia a un principio cardinal contrario a la publicación de encuestas” y concluye tal Ministro a favor de la publicación de estas con base en el “derecho que tiene el elector a recibir información que le facilite su decisión el día de las elecciones”, sosteniéndose para ello en el artículo 28 de la Constitución Nacional, con la aclaración de que “el temor a la manipulación no es suficiente” para ignorar artículos que protegen la libertad de expresión y de información contenidas en la Constitución Nacional (artículos 26 y 28).

Ambas posiciones merecen un amplio debate; consideramos que la posición mayoritaria de la Suprema Corte es correcta, pues existe un imperativo social justificado que es asegurar la sustracción, por parte del electorado, a toda manipulación que violenta el ejercicio razonado e íntimo de formarse una opinión sobre el sentido de su voto, lo cual se traduce en un

valor democrático; no así la manipulación de información que confunda al electorado y violente la intimidad en su razonamiento, que se parecería más al ejercicio de justificación sobre el apoyo popular en una dictadura. Además, la limitación de quince días previos a los comicios no implica una restricción absoluta de este componente del derecho a la libertad de expresión. Por tal motivo, esta limitación es muy congruente con las opiniones esgrimidas por la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva OC-5/85, párrafo 46, en el sentido que las limitaciones deben obedecer a necesidades sociales imperativas y no ir más allá de lo estrictamente necesario, lo que evidentemente concuerda con el espíritu de la restricción.

En cuanto a los sondeos en boca de urna, la Corte Suprema opinó que la prohibición de su publicación en el día de las elecciones encontraría su razón en que “el único protagonista ese día debe ser el pueblo”, a raíz de que ello entorpecería el libre ejercicio del sufragio.

Por último, resulta significativo observar que, sin mencionarlo expresamente, estas conclusiones de la Corte Suprema sugieren una explicación -y justificación-, para el establecimiento de estas restricciones a la difusión de la propaganda electoral, íntimamente vinculadas con aquellas restricciones permitidas en el artículo 13.2.a de la Convención Americana, puntualmente la restricción relacionada con el “orden público”, que la Corte Interamericana interpretó en su Opinión Consultiva OC-5/85 en sus párrafos 67, como aquellas que constituyan las “justas exigencias en una sociedad democrática” y en el 46, en el sentido que las restricciones deben obedecer a una

imperativa necesidad social y no ir más allá de lo estrictamente necesario para evitar un mayor menoscabo del derecho a la libertad de expresión contenido en el artículo 13 de la Convención Americana.

9. Inmunities parlamentarias

*María Francisca Prette**

Introducción

Desde la instauración del sistema político-jurídico de gobierno, llamado “Estado de Derecho”, una de las principales preocupaciones de los hombres de leyes y de los ciudadanos ha sido la de obtener –cada día con mayor énfasis– el sometimiento pleno del Estado al derecho, y con él, la responsabilización amplia de los órganos estatales.

A pesar de los obstáculos impuestos por quienes continúan expresando ideas propias de tiempos y

* María Francisca Prette de Villanueva es abogada por la Universidad Nacional de Asunción, Paraguay. Es Doctora en Ciencias Jurídicas por la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción. Realizó un curso de Postgrado en Didáctica Universitaria de la Universidad Nacional. Ha ejercido los siguientes cargos en el Poder Judicial: Defensora de Pobres, Ausentes e Incapaces, Juez de Primera Instancia en los fueros Civil, Comercial, Laboral y Tutelar del Menor, miembro del Tribunal de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, de la Niñez y Adolescencia y Criminal, en la Circunscripción Judicial del Amambay (cargo actual). Encargada de Cátedra "Derecho Civil-Personas" y Derecho Civil-Hechos y Actos Jurídicos en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, filial de la ciudad de Pedro Juan Caballero. Ha publicado algunas monografías y trabajos sobre temas del derecho de familia y menores.

sistemas jurídicos ya superados, especialmente por aquellos que pudieran, en alguna medida, verse obligados a responder como consecuencia de tal reconocimiento, el avance ha sido indudablemente significativo.

Sin embargo, resulta claro que todavía quedan en la actualidad ciertos ámbitos en los cuales el Estado de Derecho, y fundamentalmente el principio de legalidad, parecen no haber surtido todos sus efectos, transformándose también, en alguna medida, en verdaderos círculos o inmunidades del poder¹.

Así, a pesar de haberse señalado con acierto que la efectividad misma del Estado de derecho depende en gran medida del control judicial de la actividad estatal y de la posibilidad de responsabilizar al Estado por los daños que produzca en el ejercicio de su autoridad, existen en este último campo ámbitos aparentemente impenetrables, donde tanto la doctrina como la jurisprudencia han rechazado adentrarse, en cierta forma, sobre ideas falsas o presupuestos míticos.

Uno de estos ámbitos, lo constituye el que atañe a las llamadas inmunidades o privilegios otorgados a los ciudadanos que componen el órgano legislativo, tema en el cual pocos autores se han adentrado, a pesar de la notable importancia que reviste desde el momento que otorga a un grupo de ciudadanos privilegios especiales de los cuales no gozan las demás personas, por lo que *a priori* podría considerarse que se oponen a un principio básico del Estado de Derecho: *La igualdad de todas las personas ante la Ley*, principio consagrado en el

¹ García de Enterría. *La lucha contra las inmunidades del poder*, "R.A.P.", N° 38 (1962), reproducido por Cívitas, 3ª ed., Madrid, p. 23.

artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

Nociones generales

Llámanse inmunidades o privilegios parlamentarios, en el tecnicismo jurídico, a los derechos e inmunidades que el estatuto político del país expresa o incidentalmente acuerda a las asambleas legislativas, consideradas como poderes públicos de existencia necesaria, y a los que las integran, considerados individualmente, con el objeto de asegurarles un funcionamiento independiente y una libre acción en el desempeño de su misión constitucional. Todos estos derechos e inmunidades, ya sea de los miembros individualmente, como de la asamblea en su capacidad colectiva, son conocidos con el nombre general de privilegios. Cuando son desconocidos por algún individuo o autoridad, cuyo deber es saberlos y observarlos, o cuando son directamente atacados de cualquier manera, o, en general, cuando algún impedimento u obstrucción se interpone para el libre procedimiento de una asamblea legislativa o de sus miembros, el delito se llama una violación de privilegio.

Origen histórico

Es en la historia constitucional de Inglaterra donde pueden encontrarse el origen y el fundamento jurídico y político de los privilegios del Parlamento. Estos

privilegios aparecieron en el sistema constitucional inglés como consecuencia obvia de la situación del Parlamento frente a la corona, en las luchas sostenidas por aquel para conquistar y afianzar sus prerrogativas. La independencia de los primeros parlamentos, hasta que se logró afirmar el equilibrio de los poderes, era por demás precaria, pues hubo casos en que la corona mandó arrestar al mismo presidente (*speaker*) de la cámara popular. Los comunes reivindicaban periódicamente sus prerrogativas, como privilegios antiguos e incontestados, y la corona asentía teóricamente a esas reclamaciones. De ahí la práctica de que el presidente, al principio de cada Parlamento, se dirigiera al Lord Canciller, en nombre de los comunes, para obtener de la corona la sanción de sus privilegios. Esta entendía, de tal manera, que los privilegios parlamentarios existían por su graciosa concesión.

En 1536 los comunes exigieron formalmente el libre acceso a la corona; en 1541, la libertad de palabra, y en 1544 la inviolabilidad (*freedom from arrest*), a la vez que las dos prerrogativas anteriores. La línea de conducta adoptada por los tudors y los estuardos respecto de esta cuestión de la libertad de palabra muestra que la cámara de los comunes tuvo que luchar no solamente para obtener una cierta amplitud de discusión, sino también para asegurar la existencia de su derecho de iniciativa en materia de legislación y deliberación. La corona sostenía, a pesar de las protestas de la cámara, que los comunes eran convocados únicamente para votar las sumas que se les pedían, para formular o aprobar la legislación o las materias de legislación que les eran sometidas, y para

dar su opinión sobre cuestiones políticas, si se les solicitaba.

Sin embargo, de acuerdo con la naturaleza jurídica del Parlamento inglés *æque es un cuerpo legislativo y constituyente con poderes ilimitados, no susceptibles de ser definidos y enumerados desde que constituye la personificación misma de la soberanía nacional*æ puede decirse que, cualquiera que haya sido el origen y la causa de esa costumbre de reivindicar periódicamente de la corona sus privilegios y a pesar de las pretensiones de esta, los privilegios de los comunes son, sin embargo, independientes de ella y les pertenecen independientemente de su petición. Algunos han sido confirmados por estatutos y están, por consiguiente, por encima de la autoridad de la corona o de todo otro poder que no sea el Parlamento; otros, habiendo sido restringidos o aun abolidos por estatutos, no pueden ser acordados por la corona.

Los privilegios parlamentarios fueron tomando paulatinamente mayor desenvolvimiento y consistencia, y considerados en el derecho público como parte fundamental de la suprema ley de la tierra. Al mismo tiempo que la cámara de los comunes declaraba y mantenía sus privilegios, ejercitaba el poder de reprimir y castigar las ofensas que los infringiesen (*contempt*), como un poder incidental a su propia preservación y decoro. Esta facultad de castigar a los que cometiesen desacatos, fue siempre celosamente reservada por la cámara, como lo comprueban los numerosos casos que citan los autores; por su parte, las Cortes de justicia la reconocieron repetidas veces.

Fundamento de estos privilegios

Joaquín V. González define a los privilegios o inmunidades parlamentarias como todos los derechos y poderes peculiares de las asambleas legislativas, indispensables para su conservación, independencia y seguridad, tanto respecto de sus miembros individualmente como del conjunto del cuerpo². No se trata de que los legisladores, individual o colectivamente, adquirieran prerrogativas por el hecho de haber sido electos para tan importante cargo, de manera que se ubiquen por encima del resto de sus conciudadanos. Esta situación atentaría abiertamente contra el principio de igualdad de todos los habitantes ante la ley, consagrado en la ley suprema, inherente al sistema republicano de gobierno. En este tipo de ordenamiento político-institucional, ningún cargo público, por elevado que sea, atribuye a quien lo ejerce rango superior al de los demás habitantes de la República. Es la necesidad de asegurar la independencia del órgano legislativo frente a los demás órganos del Estado y asimismo con relación a los demás ciudadanos, la única razón que justifica la existencia de los privilegios e inmunidades, que resultan, no de la calidad de las personas, sino de la función que éstas desempeñan y con la finalidad específica de garantizar la independencia en dicho desempeño.

Anota Romero que todos los pueblos regidos por el sistema representativo de gobierno que han establecido en sus constituciones, como un medio de garantizar la independencia y la libertad de las asambleas representativas, un conjunto de derechos y

² Joaquín V. González. *Manual de la Constitución Argentina*, p. 359.

prerrogativas, que en la terminología constitucional se designan con el nombre de privilegios parlamentarios. Razones de carácter político o de aplicación científica a la vida efectiva del Estado, han dado origen a dicha institución, que si bien importa una limitación a los principios generales, está justificada por los fines a que ella responde. Y este es, no solo el fundamento teórico o doctrinario de los privilegios parlamentarios, sino también el histórico, comprobado por la lucha secular que aseguró su existencia. Agrega este autor que *“los privilegios parlamentarios, considerados bajo el punto de vista de la igualdad política, aparecen odiosos, particularmente en las repúblicas modernas; pero son tan esenciales a la libertad del cuerpo legislativo, que sin ellos sería precaria y nula la vida del parlamento. La historia del cuerpo representativo enseña que la soberanía de este cuerpo ha sido ultrajada, cada vez que ha opuesto enérgica resistencia a las pretensiones ilegítimas de los tiranos. Fue el poder absoluto de los monarcas que, en el siglo XVII, encarcelaban en la Torre de Londres a los miembros del parlamento británico, y fueron los excesos revolucionarios de la Convención francesa del 93, los que llevaron a la guillotina a los representantes del pueblo, so pretexto de complicidad con los enemigos de la libertad, de la igualdad y del gobierno republicano. El desconocimiento de las inmunidades parlamentarias ha sido también un arma poderosa de combate para asegurar el triunfo en las luchas parlamentarias”*³.

No solo la independencia, sino la existencia misma del poder legislativo, exige el reconocimiento y

³ Miguel Romero. *El Parlamento*, ps. 161/2.

efectividad de estos privilegios, prerrogativas e inmunidades. Para ello, el parlamento encontró indispensable, a través de todas las vicisitudes de su agitada historia, obtener tales salvaguardias, cuya posesión por los cuerpos legislativos es hoy universalmente reconocida como esencial para que el órgano encargado de hacer la ley y más directamente representativo de la soberanía popular, pueda desempeñar su importante y delicada misión institucional libre de presiones e influencias indebidas. No se trata ya de la defensa del parlamento frente a las demasías de los monarcas más o menos absolutos, sino de su resguardo frente a los otros poderes del Estado y frente a la ciudadanía, de toda interferencia encaminada directa o indirectamente a torcer o desviar su libre y soberana actuación en el concierto de los órganos gubernativos del Estado.

Como advierte Duguit, este género de garantía parlamentaria *“no se ha establecido en interés del diputado que se beneficia de ella, sino en interés de todo el parlamento, en interés, se diría, de la soberanía nacional, que se supone representada por el parlamento. Las inmunidades parlamentarias no constituyen, por lo tanto, derechos subjetivos, sino que son el resultado de una situación objetiva. Por consiguiente, no es potestativo del miembro del parlamento renunciar a ellas. No podría ser perseguido por un hecho relativo a sus funciones, aun cuando el mismo diputado o senador accediese a serlo; no podría ser perseguido por infracción alguna, sin previa autorización de la Cámara a que pertenece, aun cuando se prestare voluntariamente a serlo. El tribunal ante el cual se promoviese una demanda de este género*

está obligado a declararse incompetente, incluso de oficio, a pesar del deseo explícito del diputado o senador que pidiese ser juzgado, si antes la Cámara correspondiente no le hubiese autorizado a ello. Estas soluciones se hallan hoy fuera de toda controversia”⁴.

Naturaleza jurídica de los privilegios

Estas prerrogativas son derechos públicos subjetivos poseídos por los legisladores frente al Estado: de forma tal que su desconocimiento importa el derecho del titular agraviado a solicitar “amparo” de la justicia. El amparo procederá tanto si el desconocimiento de la prerrogativa proviene del Estado como de particulares.

El carácter de estos derechos públicos subjetivos proviene de la calidad de su titular como órgano integrante de un poder del Estado: dicha calidad funda el carácter imperativo e irrenunciable del derecho. Si un juez penal recibe una denuncia o querrela contra un legislador por opiniones de este en el ejercicio de sus funciones, debe declararse incompetente. Pero no es correcto sostener que estos derechos públicos subjetivos pertenecen al cuerpo legislativo como atribución funcional, pues si el Congreso es precisamente el juez de la subsistencia o privación de la inmunidad del legislador, no puede ser considerado al mismo tiempo la parte titular del derecho. Si un legislador es impedido, molestado o agraviado con motivo del desempeño de sus funciones, parece lógico que él pueda renunciar a perseguir al agresor, pero no que el Congreso consienta el agravio cuando se afecta

⁴ León Duguit. *Manual de derecho constitucional*, p. 381.

la función del cuerpo: en tal caso el Congreso *o la Cámara respectiva* no actuará a nombre del legislador agraviado al perseguir el desacato, sino ejerciendo un derecho del cuerpo.

Privilegios parlamentarios en nuestra Constitución

La historia de las asambleas legislativas en nuestro país hizo comprender claramente a los autores de la Constitución cuán imprescindible era asegurar la no turbación del funcionamiento del Congreso, garantizando a sus miembros una completa independencia frente al poder ejecutivo, fuerte y avasallador por tradición y por idiosincrasia de nuestro temperamento político, y todavía robustecido en la complejión que le fijaba la ley suprema.

Nuestra actual Constitución del año 1992, así como las anteriores, de 1967, 1940 y 1870 respectivamente, han establecido estas inmunidades o privilegios, teniendo como doctrina general sobre el fundamento jurídico de las mismas, la de que la Constitución no ha buscado garantizar a los miembros del Congreso con una inmunidad que tenga objetos personales, ni por razones del individuo mismo a quien hace inmune. Son altos fines políticos los que se han propuesto y, si ha considerado esencial esa inmunidad, es precisamente para asegurar no solo la independencia de los poderes públicos entre sí, sino la existencia misma de las autoridades creadas por la Constitución.

Otro principio importante que en esta materia debe tenerse presente, es el que sigue: aparte de los

privilegios que les son acordados por la Constitución, los miembros del Congreso tienen los mismos derechos y obligaciones de cualquier otro ciudadano; están sometidos a las leyes del país y a la jurisdicción de los tribunales. La extensión de los privilegios está limitada por la necesidad a que responden. Si es de temer que el avance de las otras ramas del gobierno ataque la existencia del Congreso, es de temer también que el abuso de los privilegios entronice la tiranía parlamentaria con toda la secuela de excesos y vejámenes que la historia relata.

Las inmunidades que en nuestro sistema constitucional protegen la actuación individual de cada legislador, en cuanto desempeñan la función legislativa y se encaminan a proteger la libertad e independencia personal de cada uno de ellos, se hallan establecidas en el Art. 191 de la Carta Magna que expresa: *“Ningún miembro del Congreso puede ser acusado judicialmente por las opiniones que emita en el desempeño de sus funciones. Ningún Senador o Diputado podrá ser detenido, desde el día de su elección hasta el del cese de sus funciones, salvo que fuera hallado en flagrante delito que merezca pena corporal. En este caso, la autoridad interviniente lo pondrá bajo custodia en su residencia, dará cuenta de inmediato del hecho a la Cámara respectiva y al juez competente, a quien remitirá los antecedentes a la brevedad. Cuando se formase causa contra un Senador o Diputado ante los tribunales ordinarios, el juez lo comunicará con copia de los antecedentes, a la Cámara respectiva, la cual examinará el mérito del sumario, y por mayoría de dos tercios resolverá si ha*

lugar o no desafuero, para ser sometido a proceso. En caso afirmativo, le suspenderá en sus fueros”.

Encontramos entonces que, nuestra Constitución, siguiendo la doctrina predominante en el derecho constitucional, distingue tres tipos de inmunidades a la investidura o “*fuero*” del legislador, que consisten en: **a) Inmunidad de Opinión, b) Inmunidad de Arresto, y c) Inmunidad de Proceso o el Requisito del previo Desafuero.**

Analizaremos separadamente las inmunidades contenidas en el referido artículo, y sus equivalentes en las constituciones anteriores de nuestro país.

Inmunidad de opinión

Disposiciones constitucionales

Constitución vigente: “Ningún miembro del Congreso puede ser acusado judicialmente por las opiniones que emita en el desempeño de sus funciones”.

Constitución de 1967 - Art. 142: “Ningún miembro del Congreso puede ser acusado ni interrogado judicialmente por las opiniones que emita en el desempeño de sus funciones de legislador”.

Constitución de 1940 - Art. 74: “Ningún Representante puede ser acusado, interrogado judicialmente ni molestado por las opiniones que emita en el desempeño de su mandato de legislador”.

Constitución de 1870 - Art. 63: “Ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita, desempeñando su mandato de Legislador”.

Fundamento

Se trata de la más primaria y elemental prerrogativa necesaria del legislador para el desempeño independiente de su función, ya que sin la existencia y el goce efectivo de dicha libertad, desaparecería la vida misma del poder legislativo. Como observa Joaquín V. González, *“consiste en la libertad que tiene para expresar, en el desempeño de sus funciones, sus ideas y juicios, sin temor a ninguna responsabilidad que pueda menoscabar su independencia”*⁵.

Ello se debe a que la Constitución protege el instrumento de trabajo del legislador que es la palabra. Es propia de los cuerpos colegiados y deliberantes.

La existencia de este privilegio es tan necesaria, que no se concibe un cuerpo legislativo cuyos miembros no estén eficazmente amparados por él, porque la libertad de la tribuna parlamentaria es esencial para la vida de las instituciones republicanas. Si los miembros del Congreso no estuvieran protegidos contra los que intentaran cohibirlos en la expresión de sus ideas, la independencia del poder legislativo estaría gravemente comprometida en sus bases mismas o, sería una vana abstracción y nunca una realidad. Por eso es que en el

⁵ Joaquín V. González. *Manual de la Constitución Argentina*, p. 363.

Parlamento británico, desde los tiempos más remotos, y en todas las asambleas legislativas del mundo, se ha velado celosamente por el mantenimiento de ese privilegio, que si bien es individualmente reconocido a cada uno de sus miembros, interesa a todo el cuerpo hacerlo respetar.

La doctrina y la jurisprudencia predominantes al respecto, sostienen que esta inmunidad solo rige para las expresiones del legislador dichas en los recintos del Congreso y mientras este sesiona.

La Corte de los Estados Unidos, en el caso de Kilbourn, decidió que el privilegio de libertad de la palabra y del debate (freedom of speech and debate) se extienda solo a las cosas dichas en la sesión de la Cámara, por uno de sus miembros, en relación con los asuntos que están ante ellos.

Otros tratadistas comparten esta interpretación restrictiva sobre la inmunidad de palabra y opinión de los parlamentarios. Así, Humberto Quiroga Lavié sostiene: *“La prerrogativa no cubre a las opiniones o expresiones de los legisladores vertidas fuera del desempeño de sus tareas; sean ellas proferidas en la vía pública, en la actividad privada o durante una reunión de prensa, siempre que no se viertan las mismas opiniones emitidas durante aquel desempeño”*⁶.

Contra esta tesis se levantan otros autores como Helio Zarini, Joaquín González Morillo, González Calderón, Duguit y otros, quienes sostienen que la inmunidad de expresión se refiere a las opiniones o

⁶ Humberto Quiroga Lavié. *Derecho Constitucional*, 3^{ra} edición, p. 766.

discursos vertidos en el ejercicio de sus funciones parlamentarias, aunque no sean pronunciadas en el recinto de sesiones; también amparan al legislador, por opiniones formuladas en el seno de comisiones especiales, en las de investigación parlamentaria, en despachos escritos, en informes, en los votos que emite, entre otros.

“La inviolabilidad de los legisladores por los votos y opiniones que emitan en el ejercicio de su cargo decía Pérez Serrano (...) Ampara los actos parlamentarios, los votos y las opiniones, pero no las injurias ni los golpes. Se extiende a actos realizados fuera del salón de sesiones (en una comisión, por ejemplo), y aun a los trabajos parlamentarios llevados a cabo en actuaciones de una comisión investigadora. Libera de responsabilidad penal e incluso disciplinaria, y es sobre todo la garantía del funcionario diputado contra represalias del poder”⁷.

En concordancia, expresa Duguit que *“la irresponsabilidad parlamentaria no existe sino para los actos realizados por el diputado o senador en el ejercicio de sus funciones; pero para todos estos actos es absoluta. Comprende, desde luego, los discursos pronunciados no solo en sesión pública, sino también en el seno de una comisión. Esta irresponsabilidad cubre igualmente al diputado en lo que se refiere a los actos ejecutados por él en una comisión de investigación parlamentaria. No alcanza al diputado la acción pública que pretendiera ejercer el ministerio público por un supuesto delito. Tampoco es enjuiciable*

⁷ Nicolás Pérez Serrano. *La Constitución Española*, p. 224.

a instancia de particulares que quisiera ejercitar el derecho de citación directa, por ejemplo, para promover un proceso por difamación, ni siquiera si tratasen de deducir una acción de responsabilidad civil ante los tribunales. Todo tribunal ante el cual se ejercitase una acción pública o civil, dirigida contra un diputado o un senador con motivo de actos realizados por él en ejercicio de sus funciones, debe declararse incompetente, incluso de oficio y en cualquier estado de causa o en cualquier momento de la instancia”⁸.

Cabe señalar que, en casos particulares, puede resultar difícil decidir judicialmente si un acto determinado se encuentra o no comprendido dentro de la esfera que la inmunidad abarca, por ejemplo, si ciertas opiniones se han vertido en el desempeño de la labor legislativa. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Argentina, en uno de sus primeros pronunciamientos dictado el 19 de setiembre de 1864, sostuvo que la inmunidad de opinión “*debe interpretarse en el sentido más amplio y absoluto, porque si hubiera un medio de violarla impunemente, se ampliaría él con frecuencia por los que intentasen coartar la libertad de los legisladores*” (fallos, T. I, p. 297).

¿Esta prerrogativa significa la irresponsabilidad civil o penal de los legisladores?

La Corte Suprema de la República Argentina en el caso **Martínez Casas** señaló que las palabras difamatorias pronunciadas durante un discurso en la

⁸ León Duguit. *Manual de derecho constitucional*, p. 380.

Cámara de Senadores, no se encuentran en absoluto comprendidas dentro del privilegio y que las demás en que pudiera incurrir un legislador en sus funciones no son irreprimibles pues ellos pueden ser corregidos por la cámara a la cual pertenecen (F. 248: 462).

Del fallo mencionado se desprende que esta prerrogativa exonera de responsabilidad a los legisladores. No coincidimos con ese criterio del alto Tribunal, porque, precisamente la previsión del desafuero está dispuesta para llevar a los estrados judiciales al legislador que agravia o que comete delito, con el fin de que responda por sus actos.

Fundamentos de la responsabilidad de los parlamentarios como funcionarios públicos

La finalidad del Estado como mandatario de la sociedad jurídicamente organizada es cumplimentada por organismos y personas de existencia visible.

La relación de “*función pública*” nace como consecuencia de una “*designación*”, y posee una duración de tiempo acotado, que se agota por remoción o renuncia, o simplemente por cumplimiento del cometido circunstancial.

Podemos considerar inmersos en esta situación, a los miembros de los tres poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

El damnificado, frente a un daño provocado como consecuencia –relación de causalidad– de la actuación de un funcionario público, posee ante sí la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad refleja o la directa

del Estado y del funcionario, lo cual brinda un marco de reparación amplio. Esto tiende a evitar que, amparados en la “*función*”, los individuos queden absolutamente impunes frente al damnificado, e incluso frente a la misma sociedad.

La finalidad aparece obvia: generar en el funcionario el nivel de responsabilidad e idoneidad acorde con la función que le ha sido encomendada por la comunidad y, simultáneamente, que esta posea una respuesta adecuada y eficiente frente a los “*actos ilícitos y culpables*” de aquel.

La inmunidad de expresión de los parlamentarios en relación con otros derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Todo lo expuesto nos lleva a considerar que esta inmunidad de expresión otorgada a los miembros del Parlamento, constituye el más alto grado o la más completa forma de ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, consagrada en el párrafo 1º del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, es justamente la manera discrecional, casi absoluta, como se utiliza este privilegio parlamentario en sociedades como la nuestra, lo que determina, en mi criterio, su frecuente colisión no solo con una restricción señalada en el mismo artículo, sino también con otros derechos consagrados en la Convención.

En efecto, el mismo artículo enumera aquellas conductas que constituyen causal de responsabilidad y envuelven, por tanto, una restricción a la libertad de

expresión, en el sentido de conductas definidas legalmente como generadoras de responsabilidad por el abuso de la libertad de expresión.

Específicamente, la restricción establecida en el párrafo 2, numeral a) del artículo 13: “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**”.

El artículo 11 de la Convención se refiere al mismo bien jurídico, el derecho de toda persona a ser protegida en su **honra y dignidad** y dispone: “1) Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2) Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3) Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

La colisión mencionada se da porque la honra y reputación de las personas, aunque constituye un bien jurídico de inapreciable valor, cuya lesión puede acarrear perjuicios irreparables, es un aspecto que aparentemente no se toma en cuenta en el fragor de las discusiones y duelos verbales que con frecuencia se desatan en los recintos parlamentarios y que avasallan muchas veces el fuero íntimo de las personas, incluso el de sus familias. Esta última situación, desgraciadamente no es rara en nuestra experiencia política, que nos ha ofrecido el lamentable espectáculo del legislador que, abusando de sus fueros, afecta el

honor de los particulares, como un desigual combate entre un individuo armado y otro inerme.

Asimismo, la circunstancia señalada, ocasiona una trasgresión al principio de necesaria correlación entre deberes y derechos, establecido en el artículo 32, párrafo 2º que estipula: ***“Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática”***.

Esta disposición representa el contexto dentro del cual se deben interpretar las restricciones permitidas por el artículo 13.2 de la Convención Americana. La mención de los términos “sociedad democrática” indica que el juicio sobre las restricciones a la libertad de expresión, tiene que vincularse con las necesidades legítimas de las sociedades e instituciones democráticas.

Al mismo tiempo, considero que si los derechos de todas las personas se hallan limitados por los derechos de los demás, no sería justo que algunos ciudadanos, amparados en fueros que le fueron otorgados por los mismos connacionales que los han designado como sus representantes, puedan estar exonerados de dicha limitación. Por ello, el abuso de la libertad de expresión por parte de ellos, debe ser fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido.

Duración

Este privilegio individual protege al legislador desde que se incorpora a la Cámara hasta que termina sus funciones y aún después de su cese, siempre que esas

expresiones hayan sido verdidas durante su mandato y en su desempeño.

Inmunidad de arresto

Disposiciones constitucionales

Constitución vigente: “Ningún Senador o Diputado podrá ser detenido, desde el día de su elección hasta el del cese de sus funciones, salvo que fuera hallado en flagrante delito que merezca pena corporal. En este caso, la autoridad interviniente lo pondrá bajo custodia en su residencia, dará cuenta de inmediato del hecho a la Cámara respectiva y al juez competente, a quien remitirá los antecedentes a la brevedad”.

Constitución de 1967 - Art. 142: “Desde el día de su elección hasta el de su cesamiento, ningún Senador o Diputado podrá ser detenido, salvo que fuere hallado en flagrante delito. En este caso, la autoridad interviniente lo pondrá bajo custodia en su residencia, dará cuenta inmediata del hecho a la Cámara respectiva, y remitirá los antecedentes a la justicia ordinaria”.

Constitución de 1940 - Art. 74: “Desde el día de su elección hasta el de su cese, no puede ser arrestado, excepto en caso de ser sorprendido en delito in fraganti”.

Constitución de 1870 - Art. 64: “Ningún Senador o Diputado desde el día de su elección hasta el de su cese, puede ser arrestado, excepto en caso de ser sorprendido en crimen in fraganti, que merezca pena infamante, dando en seguida cuenta a la cámara respectiva con la información sumaria del hecho”.

Fundamento

Esta prerrogativa tiene como objetivo proteger al parlamentario frente a cualquier atentado contra su libertad que pudiera tener motivaciones políticas. Le protege, por tanto, frente a la detención o cualquier otra forma de privación de libertad.

El texto constitucional que examinamos no se opone a la iniciación de acciones criminales contra un miembro del Congreso, que no tengan origen en sus opiniones como legislador. Tampoco obsta a que se adelanten los procedimientos en los respectivos juicios, mientras no se afecte la libertad personal del legislador, con orden de arresto o prisión.

Vale decir que lo que prohíbe este artículo es que el legislador sea privado de la libertad física o corporal, salvo que concurren estas tres condiciones: a) que sea sorprendido *in fraganti* en la comisión de un delito, b) que se trate de delito que merezca pena corporal, y c) que se dé cuenta a la Cámara respectiva, con la información sumaria del hecho.

Esta inmunidad protege el “*quórum*” y evita con ello que maniobras tendenciosas logren alterar la composición de la cámara y puedan aprovecharse de ello mayorías transitorias.

La inmunidad de arresto es amplia y cubre a todos los delitos, no solo durante las sesiones sino en todo momento mientras dure su mandato, con la única excepción de ser sorprendidos los legisladores “*in fraganti*” cometiendo un delito.

La razón substancial de estas prerrogativas de las Cámaras sobre sus miembros es porque son sus

privilegios los que se consideran violados, la inmunidad de arresto de los miembros del Congreso es personal, ella tiene por objeto *“habilitarles para desempeñar sus deberes como tales, y son esenciales a este fin”*; y es por esta razón que *“cuando un miembro del Congreso está ilegalmente arrestado o detenido, es deber de la asamblea adoptar medidas efectivas e inmediatas para obtener su libertad”*, puesto que el gran objetivo de la institución de estos privilegios es asegurarles su asistencia a las asambleas legislativas.

Así lo sostiene la Constitución de los Estados Unidos al disponer que *“los Senadores y representantes... gozarán en todos los casos, excepto en los de traición, felonía y perturbación de la paz, del privilegio de no ser arrestados durante su asistencia a las sesiones de sus respectivas cámaras, y yendo a, o viniendo de las mismas...”*.

Duración

La inmunidad de arresto protege a los legisladores desde el día en que fueron elegidos y no desde que se incorporan a la Cámara y hasta el día que cese su mandato.

El privilegio contra arresto y las facultades disciplinarias de los tribunales: situación que puede presentarse en el caso de que un Senador o Diputado ejerza el papel de litigante ante los Tribunales

Una cuestión interesante es determinar si el privilegio contra arresto se extiende hasta los casos en

que un legislador comete desacato contra un Tribunal de Justicia. Sobre este punto existe una ejemplar jurisprudencia de la Corte Suprema de la Argentina. En 1912, la cámara de apelaciones en lo criminal, de la capital argentina, impuso un arresto de cuarenta y ocho horas al Doctor M. Gazcón, senador en la Provincia de Buenos Aires, como corrección disciplinaria por falta de respeto en un escrito presentado en la defensa de un procesado. Promovido un recurso extraordinario ante la Corte, esta declaró no haber lugar al pedido de revocatoria de la sentencia de la cámara y la confirmó en los siguientes términos: *“El privilegio acordado a los miembros de los cuerpos legislativos no se extiende al arresto impuesto por desacato a los tribunales de justicia, como se ha demostrado anteriormente, porque si es esencial para la independencia y funcionamiento del poder legislativo la exención aludida, en general, lo es también que el poder judicial sea respetado por todos, pues, por motivos análogos goza de inmunidades y perdería su dignidad y autoridad, imposibilitándose para llenar su misión, si los legisladores pudieran desacatarlo, sin corrección inmediata, en las audiencias o escritos que presenten ante él, o sea, en actos ajenos a su mandato de tales. En el concepto aludido, es natural que prevalezca el privilegio o las atribuciones del poder dentro de cuya jurisdicción se llevan a cabo los actos agresivos (...) Si el miembro de las asambleas legislativas que ejerce ante los tribunales su profesión de abogado no estuviera sujeto al igual de los otros abogados a la superintendencia de los tribunales, ni las primeras podrían autorizarlos a abogar, ni los segundos se lo permitirían, porque, de lo contrario, se quebrantaría la regla fundamental de*

procedimiento que requiere la igualdad de condiciones en los litigantes, sus apoderados y defensores”⁹.

Esta doctrina se apoya en principios bien conocidos. Los privilegios parlamentarios solo tienen por objeto, como queda dicho, proteger al legislador en el desempeño de su mandato; de modo que cuando ejerce la profesión de abogado o procurador ante los tribunales, en carácter de simple ciudadano, sea en defensa de sus derechos particulares o de los ajenos, queda sometido, como los demás litigantes, a los deberes impuestos por las leyes y las costumbres forenses. Si los infringe debe soportar las consecuencias y no puede invocar el privilegio parlamentario, que responde a otros fines. Esta es la única forma de conciliar el privilegio que establece el artículo 191 de la Constitución con los privilegios que, a su vez, tienen los tribunales de justicia, reconocidos en el artículo 17 del Código Procesal Civil y por la doctrina y la jurisprudencia, para asegurarles el debido desempeño de sus funciones propias. Los fundamentos de la sentencia de la Corte argentina en el caso citado, parecen incontrovertibles.

Inmunidad de proceso o el requisito del previo desafuero

Disposiciones constitucionales

Constitución vigente: “Cuando se formase causa contra un Senador o Diputado ante los tribunales ordinarios, el juez lo comunicará con copia de los

⁹ Juan González Calderón. *Historia, Teoría y Jurisprudencia de la Constitución*. p. 542.

antecedentes, a la Cámara respectiva, la cual examinará el mérito del sumario, y por mayoría de dos tercios resolverá si ha lugar o no al desafuero, para ser sometido a proceso. En caso afirmativo, le suspenderá en sus fueros”.

Constitución de 1967 - Art. 142: “Si ésta le formare proceso por ese u otro hecho delictuoso, y hubiere lugar al auto de prisión, el juez de la causa, antes de dictarlo, informará a la Cámara que, con dos tercios de votos suspenderá al acusado y lo pondrá a disposición de aquél”.

Constitución de 1940 - Art. 74: “Cuando se forme proceso ante la Justicia ordinaria contra cualquier Representante y hubiese lugar a dictar auto de prisión preventiva contra el mismo, la Cámara, con dos tercios de votos, podrá suspender en sus funciones al acusado y ponerlo a disposición de la Justicia para su juzgamiento”.

Constitución de 1870 - Art. 65: “Cuando se forme querrela por escrito ante la Justicia ordinaria contra cualquier Senador o Diputado, examinado el mérito del sumario en juicio público, podrá cada Cámara con dos tercios de votos suspender en sus funciones al acusado, y ponerlo a disposición del Juez competente para su juzgamiento”.

Fundamento

Así como se imposibilitaría el libre funcionamiento de las cámaras si sus miembros pudieran ser arrestados (salvo el caso de ser sorprendidos *in fraganti*), se llegaría al mismo extremo inaceptable si no se les

escudara contra una inmotivada acción de la justicia, con el privilegio que establece el artículo constitucional.

Por error, algunos han creído ver en este precepto de la ley suprema una exención del proceso legal, privilegio que reconocen otras constituciones. Para que existiera una inmunidad semejante hubiera sido necesario que la Constitución estableciera que ningún senador o diputado puede ser procesado o acusado por los delitos que cometa. Lo que ha querido la Constitución es impedir que, con motivo de una acusación criminal, los miembros del Congreso sean detenidos o privados del ejercicio de sus funciones. La libertad que requiere el legislador no puede estar sujeta sino al poder de la misma Cámara; aquella correría peligro, como también la integridad del parlamento, si los tribunales de justicia pudieran, so pretexto de acusaciones, despojar a un diputado o senador del mandato de que ha sido investido. Por eso explica Duguit que *“este privilegio se halla ampliamente justificado por la necesidad de garantizar la independencia del parlamento, de sustraer a sus miembros a la especie de chantaje, de coacción moral, que el gobierno, que dispone de la acción y de la fuerza pública, pudiera ejercer sobre ellos, y a las maquinaciones de los particulares que, ejercitando el derecho de la citación directa, podrán entorpecer la acción parlamentaria, suscitando cuestiones a los diputados de quienes creyeran tener motivo para enjuiciarlos”*¹⁰.

¹⁰ León Duguit. *Manual de Derecho Constitucional*, p. 381.

La suspensión del acusado y su puesta a disposición de la justicia se denomina **Desafuero**. Para que el desafuero tenga lugar es necesario que:

- a) La justicia promueva la acción.
- b) Que la cámara a la que pertenece el acusado decida el desafuero por dos tercios de sus miembros presentes.

El efecto del desafuero es la suspensión del legislador (no remoción) de sus funciones, con el único fin de ponerlo a disposición de la justicia para que lo juzgue como si no fuera miembro del Congreso, por los hechos a que se refiere el sumario examinado por la Cámara.

En el desafuero, la Cámara respectiva actúa como juez natural y político de los derechos, títulos y privilegios de sus miembros. La suspensión de las funciones dispuesta contra un legislador, no implica descalificación que lo convierta en persona indigna de recobrar sus fueros parlamentarios. Tampoco entraña prejuzgamiento acerca de su inocencia o culpabilidad, ni anticipa juicio sobre la procedencia del procesamiento, puesto que tales decisiones son funciones reservadas, en forma exclusiva y excluyente, a los jueces.

Examinando la evolución institucional de esta inmunidad en las constituciones del Paraguay, conforme los artículos transcritos anteriormente, encontramos que la Constitución de 1940 introduce un requisito más con respecto a la de 1870 para que proceda el pedido de Desafuero: **la procedencia del dictamieno del auto de prisión preventiva**.

La Constitución de 1967 introduce una clara cuestión prejudicial: **el juez no podía dictar el auto de prisión antes de que la Cámara hubiere suspendido al legislador**, es decir que el desafuero era previo al dictamiento del auto de prisión.

Por último, la Constitución vigente habla de formación de “**causa**”, que el juez comunicará, con copia de los antecedentes, a la Cámara respectiva. Esta examinará el “**mérito del sumario**”, frase que, a nuestro entender, se presta a la siguiente imprecisión: tratándose de un sumario incipiente, sería raro que existirán elementos de juicio suficientes que puedan determinar la apreciación objetiva del “**mérito del sumario**”.

Se puede notar que, aun tratándose de los actos de indiscutible jurisdicción de los tribunales ordinarios cuando ellos ordenan el enjuiciamiento de un senador o diputado, la Cámara respectiva tiene acción decisiva sobre la persona de sus miembros, prescindiendo por completo de las resoluciones de los demás poderes de la Nación.

Finalmente, el desafuero constituye un presupuesto procesal de carácter impeditivo, del cual depende la prosecución y no la iniciación del procedimiento penal; por lo que no puede calificársele como condición de promovilidad, sino como condición de perseguibilidad de la acción penal y, por consiguiente, antes de que sea concedida la autorización (o desafuero) puede ser iniciada la instrucción y pueden realizarse actos de carácter probatorio y conservativo, con excepción de los procedimientos coercitivos respecto del imputado.

El jurista argentino Humberto Quiroga Lavié sostiene sobre el tema que: *“Esta prerrogativa no implica una exención del proceso penal a favor de los legisladores, sino que el proceso iniciado queda bajo condición suspensiva de perseguibilidad: esto significa que es procedente la iniciación de causa penal antes del desafuero, así como la averiguación de la verdad del hecho que se imputa; precisamente, la Constitución dispone que cada Cámara podrá examinar el mérito del sumario, lo cual significa que el sumario debe preceder al allanamiento del fuero”*.... *“El Juez puede y debe adelantar el sumario cuanto le sea posible æcon tal que no arreste al legislador acusadoæ hasta averiguar la verdad del caso. Las inmunidades de los legisladores nacionales no impiden la formación y progreso de las causas fundadas en razones distintas de las contempladas en el art. 60 C.N., mientras no se afecte la libertad personal del procesado, es decir, mientras no se dicte orden de arresto o prisión”*.... *“Reiterando esa doctrina la Corte sostuvo en el caso Colon, que los procedimientos penales contra legisladores pueden adelantarse hasta el llamamiento de autos para sentenciar (art. 492 Código de Procedimiento Penal), correspondiendo recién, en esa oportunidad procesal, ordenar la suspensión del juicio para dar lugar a que la Cámara respectiva se pronuncie y ponga o no al acusado a disposición del juez competente para su juzgamiento”*.... *“Para quedar un legislador a disposición de la Justicia Penal que ha iniciado proceso, debe la Cámara respectiva proceder a suspenderlo en sus funciones, examinando el mérito del sumario en juicio público. Se trata del desafuero del legislador, cuyo efecto es la suspensión en las funciones*

*al mismo, al solo fin de que la justicia lo juzgue por los hechos involucrados en el sumario examinado, pero no en otros hechos ajenos al sumario”*¹¹.

Pero se ha dicho que la aplicación del privilegio por la misma cámara interesada ocasionaría quizá un conflicto de poderes, puesto que aun en los casos más evidentes de culpabilidad podría quedar burlada la acción de la justicia por la negativa de aquella a despojar al acusado de sus inmunidades. En todo caso, el privilegio es necesario para mantener la integridad del cuerpo legislativo en el ejercicio de sus funciones, según queda dicho. El requisito constitucional de los dos tercios de votos tiene por objeto impedir que una simple mayoría eventual pueda proceder precipitada y arbitrariamente.

¿El desafuero de un legislador, resuelto por la Cámara legislativa respectiva, a solicitud de un tribunal judicial competente y para un determinado proceso, autoriza a los demás tribunales, de otras jurisdicciones, a someterlo a otros procesos sin necesidad de solicitar los correspondientes desafueros?

Creemos que el efecto del desafuero, se circunscribe exclusivamente al proceso con respecto al cual fue solicitado, por las siguientes razones: la Cámara solo puede desaforar al legislador una vez examinado el *mérito del sumario*, es decir, luego de conocer y apreciar “*el conjunto de pruebas y razones que resultan*

¹¹ Humberto Quiroga Lavié. *Derecho Constitucional*. Tercera edición, año 1993, págs. 767/8.

de él, y que sirven al juez para dar su fallo”, según la propia definición de la expresión **“méritos del proceso”** hecha por el diccionario de la lengua; por lo que la medida adoptada por la Cámara suspendiendo en sus funciones al legislador acusado y poniéndolo a disposición del juez competente para su juzgamiento, se refiere solamente al proceso particular y determinado cuyo mérito fue considerado por el cuerpo. Este debe examinar el valor de los elementos integrativos de cada sumario, para decidir si corresponde o no el allanamiento de los fueros del miembro que es objeto del proceso. La interpretación contraria, da lugar a que en el hecho pueda desaparecer la independencia del poder legislativo.

La prerrogativa que analizamos se refiere únicamente a procesos de índole penal, no alcanza a los procesos de naturaleza civil en los cuales no está en juego la libertad física o corporal del legislador, consecuentemente, ellos pueden ser llevados a juicio para satisfacer una responsabilidad civil, contractual o extracontractual.

Duración

Esta prerrogativa protege a los legisladores hasta la fecha de finalización de sus mandatos y de ninguna manera puede prolongarse, aun en el supuesto de que la Cámara respectiva hubiera desechado la procedencia de la suspensión en su momento; de lo contrario, la prerrogativa se convertiría en un privilegio “ad vitam” æviolatorio de la igualdad ante la leyæ que protegería a ciudadanos por la investidura que tuvieron, pero no en

atención a la independencia que debe existir entre los poderes del gobierno.

Violación de los privilegios parlamentarios

Es obvio que no basta la enunciación de los privilegios parlamentarios en el texto de las cláusulas constitucionales para que, por su propia virtualidad, quede asegurado el funcionamiento independiente de las cámaras, que es el objetivo al que responden. Es preciso establecer debidamente, en la ley y por la jurisprudencia, los medios para mantenerlos con toda su eficacia legítima. Pueden ser violados de muy diversos modos, y, por lo mismo, es necesario castigar a los culpables con el fin de preservar la dignidad del cuerpo ofendido e impedir la repetición de actos semejantes. La violación de los privilegios parlamentarios se designa con el nombre de desacato.

En el derecho parlamentario, llámase *desacato* “*contempt*” en la terminología anglosajona a la violación de los privilegios individuales o colectivos inherentes al órgano legislativo. Existe acuerdo unánime acerca de la procedencia de la aplicación de sanciones a quienes resulten responsables de tales desacatos, desde que la falta de ellas tornaría absurdamente ilusorio todo el sistema de privilegios e inmunidades parlamentarios. El problema, en cambio, se suscita cuando se trata de determinar cuál es la autoridad encargada de juzgar y penar por hechos semejantes, pues mientras algunos consideran que debe ser el propio cuerpo afectado por la violación de sus privilegios, dentro de la idea de que desaparecería su independencia si la sanción de los mismos dependiera de otro órgano, otros piensan que la aplicación de penas

incumbe exclusivamente al poder judicial y que, de transferir ese poder al Congreso, se allanaría precisamente el fundamental principio de la división de los poderes.

Consideramos que si el desacato se encuentra previsto y penado por la ley, corresponde exclusivamente al poder judicial el juzgamiento del hecho, desde que el propio Congreso, por acto legislativo expreso, ha transferido a los tribunales el poder de juzgar tales actos.

En cambio, cuando el desacato no está previsto por la ley, es al cuerpo legislativo afectado por la violación de sus privilegios e inmunidades al que le corresponde corregir a los responsables; esto porque ha retenido el poder correspondiente y no lo ha transferido al poder judicial por medio de la ley.

En nuestro Derecho positivo, el desacato se halla contemplado en el Código Penal vigente y en el nuevo Código Penal que entrará próximamente en vigencia.

Casos de desacato previstos en el Código Penal vigente

Art. 160: Cometan desacato contra la autoridad y sufrirán de uno a tres meses de penitenciaría:

Los que provocan, desafían o injurian a un funcionario público en su presencia, hallándose éste en ejercicio de sus funciones o con motivo de éstas.

Los que en las sesiones de las Cámaras, en las audiencias de los tribunales o en otras reparticiones públicas, penetran ostensiblemente armados o

introducen el desorden con gritos, amenazas u otras manifestaciones hostiles u ofensivas al decoro de los representantes, magistrados o funcionarios.

Casos previstos en el nuevo Código Penal

Art. 287: Coacción a órganos constitucionales.

El que, mediante fuerza o amenaza de fuerza, coaccionara a

- a) la Convención Nacional Constituyente,
- b) el Congreso Nacional, o una de sus comisiones,
- c) la Corte Suprema de Justicia, o
- d) el Tribunal Superior de Justicia Electoral, con el fin de que no ejerzan sus facultades o lo hagan en un sentido determinado, será castigado con pena privativa de libertad de hasta diez años.

En los casos menos graves la pena privativa de libertad será de hasta cinco años.

Art. 288: Coacción al Presidente de la República y a los miembros de un órgano constitucional.

El que, mediante fuerza o amenaza de fuerza coaccionara:

- a) al Presidente de la República,
- b) a un miembro del Congreso Nacional,
- c) a un miembro de la Corte Suprema de Justicia, o
- d) a un miembro del Tribunal Superior de Justicia Electoral.

Con el fin de que no ejerzan sus facultades o lo hagan en un determinado sentido, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años.

En casos particularmente graves la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta diez años.

Será castigada también la tentativa.

Conclusión

De cuanto se ha analizado, podemos concluir que, siendo la única y exclusiva finalidad y razón de ser de los privilegios parlamentarios, la de asegurar la independencia del cuerpo legislativo frente a los otros poderes del Estado y también con respecto a los particulares, no puede considerarse que contradigan el esencial principio de la igualdad de todos los habitantes ante la ley, consagrado en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y en el artículo 46 de la Constitución Nacional, siempre y cuando se logre un justo equilibrio a través de un sistema que garantice la atribución de responsabilidad por los actos cometidos en el ejercicio de sus funciones.

El Estado de Derecho debe contar con funcionarios idóneos, capaces, compenetrados con el quehacer comunitario y, por sobre todo, que sean responsables de sus actos, como ejemplo para el ciudadano, a quien todo se le pide y poco se le ha dado en los últimos años de nuestra historia.

Esto seguramente evitará que el funcionario se “autoinmunice”, y se entronice en la soberbia del cargo. De esta forma se puede dignificar la función pública, como premio al ciudadano honesto, capaz e idóneo.

La trascendencia del tema, amerita imperiosamente un estudio mucho más profundo que, lamentablemente, por la escasa disponibilidad de tiempo debido a las funciones inherentes a la Magistratura, no hemos podido realizar en esta ocasión.

Para finalizar, considero impostergable expresar mis congratulaciones al Instituto Interamericano de Derechos Humanos por su incasable bregar en pro del fortalecimiento de nuestras instituciones democráticas, a través de sus diferentes programas, especialmente aquellos destinados a la capacitación de los magistrados judiciales, y al mismo tiempo agradecer sinceramente al Instituto y al Centro Interamericano de Estudios Judiciales (CIEJ) por esta enriquecedora oportunidad de participar en este Proyecto sobre Libertad de Expresión.

Bibliografía

Cushing, Luther. *Ley parlamentaria americana*. T. I. Págs. 268/9.

Duguit, León. *Manual de derecho constitucional*. Pág. 381.

García Morillo, Joaquín. *La estructura de las Cortes Generales*.

González, Joaquín. *Manual de la Constitución Argentina*. Pág. 359.

González Calderón, Juan A. *Derecho Constitucional. Historia, Teoría y Jurisprudencia de la Constitución*. T. II.

Linares Quintana, Segundo. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*. 1963.

Quiroga Lavié, Humberto. *Derecho Constitucional*. 3^{ra} edición, 1993.

Pérez Serrano, Nicolás. *La Constitución Española*. Pág. 224.

Romero, Miguel. *El Parlamento*. Págs. 161/2.

Sánchez Viamonte, Carlos. *Manual de derecho constitucional*. Pág. 285.

Vélez Sársfield, Dalmacio. *Páginas magistrales*. Buenos Aires, 1944, págs. 22/3.

Zarini, Helio Juan. *Derecho Constitucional*. Editora Astrea, 1992.

10. Asesinato del periodista Salvador Medina en Capiibary, Paraguay

*Marcos Ybáñez**

*Edilberto Martínez***

Hechos

El 5 de enero de 2001, aproximadamente a las ocho de la noche, los periodistas comunitarios Salvador Medina, presidente de la Radio Comunitaria Ñemity, y su hermano Gaspar Medina fueron víctimas de un atentado en un camino vecinal de la ciudad de Capiibary, Departamento de San Pedro, República de Paraguay. Las víctimas volvían a su domicilio en una motocicleta luego de realizar algunas compras en la ciudad antes mencionada.

Gaspar Medina, quien sobrevivió al atentado, narró que el asesino, identificado como Milciades Maylin -un

* Marcos Ybáñez es periodista por la Universidad Nacional de Asunción, Paraguay. Postgrado en Comunicación y Cultura en el Centro Latinoamericano y del Caribe de la Administración de los Servicios Culturales (CLACDEC) Caracas, Venezuela. Fundador y Presidente de la Red de Radios Comunitarias del Paraguay.

** Edilberto Martínez es estudiante de periodismo, Director de la Radio Comunitaria Ko'e Pyahú, dirigente del Centro de Estudiantes Universitarios del Interior (CEUNIRA).

joven de 20 años y con antecedentes criminales- esperaba en un recodo del arenoso camino de tierra, en donde se hacía particularmente lento el transitar de la motocicleta, que se desplazaba sin velocidad con sus dos ocupantes. Fue entonces cuando con una tranquilidad pasmosa el asesino emergió del monte de un salto y disparó a quemarropa contra Salvador Medina, quien estaba conduciendo la moto. El rostro del asesino estaba cubierto por una tela tipo pasamontaña.

Gaspar Medina, derribado en la tierra junto a Salvador, buscó auxiliar a su hermano, quien recibió el disparo a la altura del corazón. Gaspar declaró que: *“Le agarré y busqué arrastrarlo con las pocas fuerzas que tenía, pero el asesino hizo un segundo disparo que milagrosamente no me alcanzó, luego realizó un tercero que por fallas mecánicas del arma no percutió. Pudimos arrastrarnos solo por unos metros, corrimos luego unos 40 metros en zigzag frente a la atenta mirada del asesino, pero Salvador ya no pudo continuar a pesar del esfuerzo nuestro por huir de manos del criminal porque sus piernas ya no le respondían”*.

Gaspar, a pedido de su hermano, corrió con el fin de escapar y buscar ayuda, dejando a Salvador ensangrentado en el suelo. Según testimonios de Gaspar Medina, el asesino se tomó su tiempo y no se alejó del lugar rápidamente, sino que antes corroboró la efectividad del crimen contra Salvador Medina.

Luego de 20 minutos del atentado, llegó un solo policía al lugar, quien aseguró que estaban cubiertos todos los lugares estratégicos para evitar la fuga del

asesino, sin embargo, tal afirmación del agente no resultaba creíble, pues la Comisaría estaba de fiesta y solo tenía dos policías de guardia, además el auto patrulla estaba descompuesto y el resto de los policías se encontraban completamente distraídos en la organización de la fiesta. Según el testimonio de Gaspar Medina, era -quizá por la fiesta que iban a celebrar los agentes- demasiado laxo el comportamiento de las fuerzas de seguridad, quienes actuaron con clara negligencia en esos momentos clave de investigación policial y recaudación de pruebas físicas. Esto, según Gaspar Medina, hace pensar que el atentado estaba premeditado, pues quienes mataron a Salvador Medina actuaron con las manos libres, amparados por la inoperancia de la policía, que ese día estaba de fiesta.

Antecedentes de la víctima

Salvador Medina se desempeñaba al frente de una emisora de radio y era un crítico locutor que confrontaba abiertamente la impunidad con que operaba la mafia; luchaba desde los micrófonos en contra de la corrupción, práctica común en la vida pública y privada de la región, tratando siempre de subrayar, en contrapartida, la pobreza y la exclusión que sufren las familias campesinas de Capiibary. Su voz siempre fue de denuncia, de cuestionamiento, pero también de coherencia. Su actividad como hombre de prensa era de servicio comunitario a su pueblo, servicio por el que no recibía una remuneración económica. Practicaba un periodismo comprometido y, como pocos comunicadores en el país, abrazaba su profesión en forma de voluntariado.

Una muestra del compromiso de Salvador Medina con el ejercicio de la libertad de expresión y la plena vigencia de los derechos humanos, ha sido su activa participación en las movilizaciones convocadas por la Red de Radios Populares en defensa del derecho a la libertad de expresión de la sociedad civil, así como las declaraciones de sus antiguos compañeros de la Residencia Universitaria Tekohá, del CEUNIRA (Centro de Estudiantes Universitarios del Interior Residentes en Asunción) y de la Radio Koe Pyahú. Así, Baldovina Figueredo, presidenta del CEUNIRA, dijo que *“la juventud campesina cuestionadora de la política gubernamental termina en un cajón en el Paraguay, porque se busca acallar a aquellos que reclaman sus derechos y la justicia”*. Miguel Verón, por su parte, expresó que *“su muerte es debido a su lucha comprometida y que una minoría que quiere dominar al pueblo recurre a matar por encargo para mantenerse en el poder”*. De igual forma, el Consejo Directivo de la Asociación Ñemity Comunicaciones, del cual Salvador Medina fue presidente en Capiibary, testimonió en un escrito la trayectoria de Salvador al señalar que *“(Salvador) desempeñaba no solo el oficio de periodista corriente, sino que la orientación de su periodismo era completamente a favor de la justicia, comprometido con la verdad y el desarrollo comunitario integral, el rescate de los valores de la familia, las tradiciones y costumbres del país”*.

Salvador Medina apostó, desde los micrófonos, a la construcción de una nueva sociedad, rechazando la violencia, la violación a los derechos humanos y las desigualdades en el Paraguay. Su iniciativa se basaba en la promoción de una sociedad cimentada en la

solidaridad, la tolerancia, la fraternidad, la amistad, la verdad y la justicia.

Sin embargo, la libertad de expresión que ejercitaba Salvador Medina tenía sus enemigos; la voz de un periodista que enseñaba a los campesinos a usar esa libertad como su derecho molestaba a más de uno. Es claro que tras su eliminación física subyacía el interés de silenciar su voz y la de la comunidad, con el fin de mantener a una población sumisa y muda. Su muerte llevaba el mensaje de que la libertad de expresión tenía sus límites y estaba sometida a los intereses económicos y políticos de la mafia de la zona.

Capiibary: territorio de la impunidad

El Departamento de San Pedro es uno de los más pobres del Paraguay. Capiibary es uno de sus distritos más alejados, encontrándose a unos 350 kilómetros de la Capital, y constituye un centro de cultivo y trasiego de marihuana y explotación indebida de madera, donde la mafia derivada de esas actividades tiene gran poder e influencia sobre la vida política e institucional de la región. Así, las autoridades locales son partícipes de la generalizada corrupción proveniente del poder de los traficantes de drogas y madera, quienes actúan con la garantía que les da la impunidad.

En efecto, el Obispo de San Pedro, Monseñor Fernando Lugo, afirmó que en su diócesis “*existen zonas dominadas por los delincuentes denominadas zonas rojas*”, citando a la comunidad de Capiibary en primer lugar. Y añadió que “*en esa localidad hay fuertes influencias de los plantadores de marihuana*”.

que se vienen desplazando desde la zona del Amambay (zona fronteriza con el Brasil) hacia el este de San Pedro”.

En el mismo sentido, el periodista Mariano Godoy, quien como corresponsal de un medio de comunicación investigó de cerca las causas de la muerte de Salvador Medina, afirmó que *“en estos últimos cinco años la comunidad de Capiibary se vio azotada por gavillas de delincuentes que venían operando impunemente en la región, generando zozobra entre los pobladores honestos y trabajadores, incluso fue causa de éxodos de agricultores”*. Así, para Godoy el estado de inseguridad impuesto gracias a *“la impunidad con que operaban los delincuentes hizo que las víctimas no realicen las denuncias, porque la policía no tomaba acción alguna, por estar involucrada en los ilícitos, y era mucho mejor mantenerse callado para no sufrir represalias”*.

Se puede afirmar que el estado de terror imperante en Capiibary tiene como consecuencia directa la puesta en ejecución, por parte de las gavillas de delincuentes, de un “código del silencio” tácito, donde queda prohibido a los ciudadanos ejercer su derecho a la libertad de expresión, pues no se les permite ni escuchar, ni hablar más allá de lo permitido. Esta censura rige como ley y los que la desafían corren el riesgo de perder la vida, debido a que quienes denuncian la anómala situación quedan sin protección alguna, mientras que la mafia posee un fuerte control sobre la policía local, sobre los órganos de procuración y administración de justicia y sobre los demás organismos del poder público, con el fin de obtener seguridad de acción y garantía de impunidad.

Como hemos podido ver, el contexto del asesinato de Salvador Medina tiene como trasfondo un escenario político y regional dominado por la mafia del cultivo y trasiego de marihuana y explotación indebida de madera. En estas condiciones se llegó al asesinato del periodista quien, a través de la Radio Comunitaria Ñemity, hacía eco de los problemas de su comunidad, denunciaba los atropellos de la gavilla de delincuentes de la zona y la impunidad con que actuaban gracias a la aquiescencia de los órganos del poder público locales y, aun arriesgando su propia vida, daba los nombres de los “peces gordos” de las mafias de Capiibary.

Por tales motivos, el corresponsal Mariano Godoy, en un artículo publicado en el Diario ABC Color el 15 de enero, responsabiliza de la muerte de Salvador Medina a los jefes de las gavillas de delincuentes que operan en la zona. Asimismo, el Consejo Directivo de la Asociación Ñemity Comunicaciones se pronunció sobre el asesinato de su presidente, Salvador Medina, a través de un comunicado a la opinión pública donde dice *“lamentamos profundamente la impunidad con que opera el hampa dentro de una comunidad trabajadora y sencilla, para asesinar a uno de sus ciudadanos más ilustres, un símbolo de esperanza para su comunidad, un joven líder con capacidad creadora”*.

Así, este grave hecho se traduce en una agresión contra la libertad de expresión, en un intento de amordazar al periodismo comprometido y es un crimen dirigido a dar un ejemplo a la población sobre lo que les sucedería a aquellos que se animaran a desafiarlos con su denuncia y a exigir justicia, en este territorio azotado por la impunidad.

Conclusiones iniciales

Los abogados querellantes en representación de la familia Medina, la Red de Radios Populares del Paraguay y el Sindicato de Periodistas del Paraguay (SPP), abogada Raquel Talavera y abogado Amado Romero, al analizar las causas del crimen del periodista indicaron que *“la cultura del silencio es parte de un proceso, este proceso se acentúa con fuerza por el miedo, la impunidad y la arbitrariedad, elementos de un sistema que provoca el silencio y la resignación”*.

Amado Romero cuestionó la falta de voluntad política para el esclarecimiento del crimen, dijo que *“esta realidad se manifiesta con el poco interés que demuestran las autoridades centrales del sistema político, quienes son constantemente denunciados por apartarse del cumplimiento de la ley por comisión u omisión. Y es a esta realidad a la que se está enfrentando en el caso Medina, un círculo perverso al que no debemos resignarnos a pesar del miedo a que nos conduce este sistema de impunidad para los amigos del poder imperante”*.

La abogada Raquel Talavera finaliza diciendo que *“en el caso Medina existen evidencias incuestionables de que fue un asesinato como consecuencia de su labor periodística en la Radio Comunitaria. En todas las investigaciones realizadas hasta el momento se vieron involucradas personas implicadas con organizaciones criminales y políticas, lo cual dificulta más el esclarecimiento del crimen por las fuertes influencias que tienen ambos dentro de la comunidad de Capiibary”*.

Estas declaraciones se ven respaldadas por las constantes amenazas que han sufrido los miembros de la familia Medina, que los obligó incluso a abandonar Capiibary por la desprotección ofrecida por las autoridades, pues los policías que habían sido designados en un principio para brindar protección a la familia dejaron de hacerlo por “órdenes superiores”. Todo ello a pesar de las promesas del gobierno de Luis González Macchi de férrea seguridad, de pronta resolución y del compromiso de brindar la mayor seguridad asumido por el Ministro del Interior de ese entonces, Mario Agustín Sapriza.

El proceso judicial

El 16 y 17 de octubre tuvo lugar el juicio oral y público en el caso Medina. La realización de la audiencia se efectuó en el Centro Comunitario en la misma ciudad donde el comunicador fue asesinado, Capiibary, Departamento de San Pedro.

El caso entra en una etapa clave, ya que se lleva a cabo el juicio oral y público en medio de una sensación general de que la justicia cedió ante el poder político y los intereses de grupos mafiosos que operan con impunidad en dicha región. Esto se debe a que la Fiscalía de la zona y la Fiscalía General del Estado presentaron su acusación solamente contra Milciades Mailyn como el autor material, habiendo sido puestos en libertad todos los acusados de la autoría intelectual, inclusive Luis Alberto Franco, quien obstruyó el trabajo de la justicia al ocultar e intentar desaparecer el arma homicida y que pudo haber aportado suficientes

elementos de información e investigación sobre quién le pidió que actuara de tal manera.

De igual forma el caso en sí, con el inconveniente de haber tenido sucesivos cambios de fiscales –cuatro en ocho meses-, encierra varios enigmas y cabos sueltos que sugieren una inacabada y deficiente investigación. Así, continúan prófugos los últimos portadores del arma con el cual resultó ejecutado Salvador mientras conducía su motocicleta. También pesan sospechas sobre dos sujetos señalados por uno de los sospechosos, mediante el procedimiento de anticipo jurisdiccional de la prueba, como presuntos responsables de haber ocultado el arma. Sin embargo, los dos allanamientos dispuestos por el Juez Flores Mendoza para su captura resultaron infructuosos y continúan fugitivos.

Asimismo, la lentitud de las investigaciones comenzó a ser notoria desde febrero, un mes después del crimen. En efecto, Pablo Medina, el hermano de Salvador dijo que *“No han avanzado. Una de las causas se relaciona con el constante cambio de fiscales en Curuguaty, sede del Juzgado. El proceso se inició con Gladis Vallejos, continuó con Zelaya Bogado, luego con Miguel Alcides Vera Zarza y finalmente fue retomado por Zelaya Bogado”*.

De igual forma, la primera Fiscal del Caso, Gladis Vallejos, habló de un asesinato premeditado -hipótesis posteriormente abandonada, como se pudo notar en la actuación final de la Fiscalía- y admitió que la policía no actuó con la premura correspondiente, aunque aseguró que no tenía los elementos para actuar diligentemente, pues el único automóvil de la Comisaría 17^a se encontraba con el motor averiado y su

único vehículo era una motocicleta con la cual debían cubrir una amplia zona de alta peligrosidad, poblada por cuarenta mil personas. Sin embargo, la fiscal señaló, en esa oportunidad, que la policía sí incurrió en una negligencia grave al no notificar el hecho a la justicia dentro de las seis horas de rigor.

De esto se desprende también que la policía actuó incorrectamente y no dirigió sus investigaciones de manera acertada y exhaustiva, ni con el rigor técnico criminalístico necesario, ni siguió todas las líneas de investigación pertinentes, lo cual produjo la pérdida de pruebas valiosas para el esclarecimiento del crimen.

Asimismo, todo parece indicar que, con la libertad concedida a todos los autores intelectuales que habían sido capturados, debido que no se impulsó la acción penal en su contra por parte de la Fiscalía de la Zona y la Fiscalía General, Milciades Maylin cargará solitariamente con la sanción penal por el asesinato de Salvador Medina. Con ello, el caso ha sido legalmente ubicado como uno más de delincuencia común, dejando de lado de toda consideración -y en la impunidad para quiénes planearon el crimen- los verdaderos motivos de su asesinato: acallar brutalmente la voz de denuncia de Salvador Medina, coartando así la libertad de expresión y con ello atemorizar a la población de Capiibary.

Luego del fallo judicial de fecha 17 de octubre de 2001 resultante del Juicio Oral y Público que lo condena a 25 años de cárcel como autor material, quedando demostrado durante los dos días de Juicio que el joven de 24 años, que apretó el gatillo lo hizo sin causa personal o de robo, reforzando la tesis de un “crimen por encargo”. Al desvincularse del caso a

varias personas influyentes que estarían involucrados como mentores del asesinato, aún la condena del “sicario contratado” que deberá guardar reclusión en la Cárcel de la ciudad de Coronel Oviedo hasta el 7 de enero del año 2026 abre interrogantes sobre la justicia paraguaya que se muestra dispuesta a hacer avanzar la investigación hasta la autoría material.

No hay que olvidar que esta no es la primera vez que sucede un hecho de esta naturaleza en Paraguay, baste recordar un antecedente directo de este caso que fue el crimen de Santiago Legizamón el 26 de abril de 1991, justo en el día del periodista, en la región de Amambay, el cual tiene connotaciones muy parecidas debido al contexto en el cual desarrollaba sus labores periodísticas Salvador Medina, pues tanto Legizamón como Medina se enfrentaron con el mismo negocio de tráfico ilegal de madera y marihuana, así como la corrupción en las instituciones del Estado derivada de esas actividades.

Responsabilidad internacional del Estado de Paraguay en el caso de Salvador Medina

El caso del asesinato del periodista Salvador Medina es susceptible de acarrear la responsabilidad internacional del Estado de Paraguay ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, al ser miembro de la Organización de Estados Americanos y parte signataria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que fue ratificada conforme a los procedimientos legales establecidos por la Constitución de la República.

Consideramos que los hechos previamente registrados constituyen una violación, por parte del Estado paraguayo y en perjuicio de Salvador Medina y de todo ciudadano, del derecho a la libertad de expresión garantizado en el artículo 13 de la Convención Americana, y también una violación, en perjuicio de los familiares de Medina, de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial protegidos por los artículos 8 y 25 de la mencionada Convención. Todo ello con relación a la obligación general prevista en el artículo 1 de dicho instrumento internacional de respetar y garantizar los derechos allí contenidos.

Por otra parte, en virtud de la aparente ausencia de denuncia previa ante las autoridades por parte de la víctima sobre las amenazas que había recibido, no se puede considerar también la existencia de la violación al derecho a la vida en perjuicio de Medina, pues al no ser puestas tales amenazas en conocimiento de los órganos competentes, no se le dio oportunidad al Estado de adoptar las medidas requeridas con el fin de garantizar la seguridad y la vida de Medina¹. Sin embargo, si se llega a comprobar que Salvador Medina denunció ante las autoridades las amenazas recibidas como consecuencia de su labor periodística, y a pesar de ello no recibió la protección adecuada por parte de los órganos de seguridad pública, podría considerarse que el Estado de Paraguay incurriría en responsabilidad internacional, al haber violado a través de una conducta de omisión el artículo 4 de la Convención Americana

¹ Véase CIDH, Informe 130/99 Caso 11.740 México (Víctor Manuel Oropeza) de 19 de septiembre de 1999 párr. 26. También CIDH, Informe 50/99 Caso 11.739 México (Héctor Félix Miranda) párr. 15.

que consagra el derecho a la vida². En concordancia con esto, tampoco se podría hablar entonces de la existencia de violación por parte del Estado de Paraguay del artículo 5 de la Convención, sobre el derecho a la integridad personal.

Violación de los artículos 8 (garantías judiciales), 25 (protección judicial) y 1 (obligación de respetar y garantizar los derechos) de la CADH

A pesar de haberse celebrado recientemente la primera audiencia del juicio oral y público sobre el homicidio de Salvador Medina, se debe resaltar la falta de investigación sobre la autoría intelectual del asesinato, en contraste con la captura y procesamiento del autor material Miliciades Maylin, determinándose así que la policía y la fiscalía centraron su investigación solo en este último, con lo que es claro que no intentaron llegar al fondo del crimen que los pudo haber conducido al autor o autores intelectuales, a pesar de la existencia de muchas líneas de investigación para lograr ese objetivo.

De esta forma, se considera que la investigación sobre este asesinato efectuada por el Estado no ha sido seria ni completa, lo que sugiere la existencia de tolerancia del poder público frente a este crimen por haberse prácticamente desistido la investigación referente a la autoría intelectual³. Esto quedó reflejado al haberse ordenado la liberación, por falta de acusación

² Ver en este sentido Corte IDH, Caso “Velásquez Rodríguez”, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 164.

³ En este sentido véase *Ibídem* párr. 176.

de la fiscalía, de todos aquellos que habían sido implicados como sospechosos de haber participado intelectualmente en el homicidio de Medina, a pesar de que el caso permanece legalmente abierto.

En este contexto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que “*Los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención*”⁴. Por ello, en el presente caso, una tutela judicial efectiva debe incluir una investigación completa del asesinato de Salvador Medina, que determine de manera concluyente y definitiva lo referente a la autoría intelectual del hecho, bajo las normas del debido proceso⁵.

En tal sentido, la jurisprudencia del sistema interamericano definió la obligación de investigar como una “*obligación de medio o comportamiento*” que “*debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa*”, la investigación “*debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad busque efectivamente la verdad*”⁶.

Por ello es el Estado, y no la familia de la víctima ni el gremio de periodistas de Paraguay, quien deben

⁴ Corte IDH, Caso “Velásquez Rodríguez”, párr. 166.

⁵ En este sentido, véase CIDH, Informe 50/99 Caso 11.739 México, párr. 29 *in fine*.

⁶ Corte IDH, Caso “Velásquez Rodríguez”, párr. 177.

impulsar la investigación y allegarse las pruebas necesarias. Sin embargo, como se ha podido ver, hasta el momento ni la policía ni la Fiscalía han asumido este deber jurídico de buscar efectivamente la verdad, tal y como lo demuestran sus actuaciones, conformándose con la captura y procesamiento del autor material y respaldando la hipótesis del “homicida solitario” sin considerar las otras muchas líneas de investigación de evidente importancia que apuntan a la existencia de una autoría intelectual.

Así, hasta este momento, el Estado de Paraguay no ha realizado una investigación completa y seria del crimen del periodista comunitario Salvador Medina, por ello el recurso judicial disponible en Paraguay no ha sido efectivo. En consecuencia, el Estado paraguayo ha violado, en perjuicio de los familiares de Salvador Medina, las garantías judiciales y el derecho a la protección judicial establecidos en los artículos 8 y 25 respectivamente de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con la obligación de respetar y garantizar tales derechos, establecida en el artículo 1.1 de dicho instrumento⁷.

Violación al derecho a la libertad de expresión

La Comisión Interamericana, en su “Informe sobre la situación general de los derechos humanos en Paraguay”, dedicó un capítulo especial al derecho a la libertad de expresión. Dicho capítulo contiene un análisis sobre la problemática de la violencia y

⁷ Véase en este sentido CIDH, Informes 130/99 Caso 11.740 México y 55/99 Caso 11.739 México, párr. 44 y párr. 40 respectivamente.

hostigamiento contra periodistas en Paraguay, en el cual expresó:

*“Las intimidaciones a periodistas por medio de agresiones verbales o escritas y las agresiones físicas a su persona y/o bienes produce un efecto intimidatorio sobre toda la sociedad, toda vez que se está acallando violentamente la expresión primaria y principal de este derecho. A través de la utilización de estos mecanismos se busca silenciar la crítica a los gobiernos, limitando el debate y socavando las bases de una institucionalidad democrática”*⁸.

El derecho a la libertad de expresión es fundamental para el desarrollo de la democracia y para el ejercicio pleno de los derechos humanos, constituyéndose como la *“piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática”*⁹.

Asimismo, la Corte Interamericana ha establecido que *“la libertad de expresión comprende dar y recibir información y tiene una doble dimensión, individual y*

⁸ Ver CIDH, “Informe Especial sobre la Situación General de los Derechos Humanos en Paraguay”, Capítulo VI, párr. 59. También véase el Principio 9 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, que establece *“El asesinato, secuestro, intimidación, amenaza a los comunicadores sociales así como la destrucción material de los medios de comunicación viola derechos fundamentales de las personas y coarta severamente la libertad de expresión. Es deber de los Estados prevenir e investigar los hechos, sancionar a sus autores y asegurar a las víctimas una reparación adecuada”*, en Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión, Capítulo II, párrafo 9 en Informe Anual de la CIDH, 2000.

⁹ *Ibidem*, párr. 48 y CIDH, Informe 50/99 Caso 11.739 México, párr. 43. También Corte IDH “La Colegiación Obligatoria de Periodistas”, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, párr. 70. Así como Corte IDH, caso “La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y Otros vs. Chile) sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 68. También ver “Anotaciones del texto del proyecto de Pacto Internacional sobre Derechos Humanos” preparado por el Secretario General, 10 U.N. GAOR, Anexos, punto No. 28 del Temario, 50, UN Doc. A/2929 (1955).

colectiva”¹⁰. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que:

*“La libertad de expresión es universal y encierra en concepto la facultad jurídica que asiste a toda persona, individual o colectivamente considerada, para expresar, transmitir y difundir su pensamiento; paralela y correlativamente, la libertad de informarse también es universal y entraña el derecho colectivo de las personas a recibir información que los demás les comunican sin interferencias que la distorsionen”*¹¹.

De igual forma, el Relator de las Naciones Unidas para la Libertad de Expresión ha afirmado, en el mismo sentido, que *“el derecho a buscar y recibir información no es simplemente un aspecto del derecho a la libertad de opinión y expresión, sino una libertad por propio derecho”*¹².

En tal contexto, se desprende que el derecho a la libertad de expresión comprende, en el presente caso, la libertad que debía garantizar el Estado de Paraguay a Salvador Medina para que pudiera expresar y difundir la información por él obtenida sobre la explotación ilícita de la madera del Parque Nacional de Capiibary y de la corrupción de ella derivada, así como la libertad complementaria que tiene todo ciudadano de recibir

¹⁰ Véase Corte IDH, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas”, párrs. 30, 31, 32 y 33 y Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo”, párrs. 64, 65, 66 y 67. También Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein (Baruch Ivcher Bronstein vs. Perú) sentencia de 6 de febrero de 2001, párrs. 146, 147, 148 y 149.

¹¹ Véase CIDH, Informe Anual 1980-81, OEA/Ser.L/V/II, pág. 122.

¹² Naciones Unidas, E/CN.4/1998/40, “Informe del Relator Especial, Sr. Abid Hussain, presentado en cumplimiento de la resolución 1997/27 de la Comisión de Derechos Humanos, 28 de enero de 1998, párr. 11.

dicha información sin interferencias ilegales o injustificadas¹³.

No obstante que la responsabilidad por concepto de la autoría intelectual del homicidio de Salvador Medina no ha sido determinada de manera definitiva y concluyente por la justicia, a pesar de existir fuertes indicios sobre dicha responsabilidad, los hechos demuestran que Salvador Medina fue amenazado y posteriormente asesinado por los resultados obtenidos en sus investigaciones periodísticas y que estaban siendo divulgados en su programa de Radio y en un diario de Asunción por su hermano Pablo¹⁴.

En efecto, es a todas luces evidente que Salvador Medina fue blanco de amenazas por su actividad periodística comprometida y por su denuncia pública contra las mafias que operan en la región, así como contra las autoridades que consideraba corruptas e implicadas en hechos ilícitos relacionados con las actividades de esas mafias. Ello le costó la vida, sin que hasta este momento los órganos jurisdiccionales paraguayos hayan podido establecer la autoría intelectual del crimen y la real motivación del mismo¹⁵, mostrando clara negligencia y apatía en la investigación del homicidio de Medina y en el castigo para todos los responsables.

Esta actitud de las autoridades paraguayas en el esclarecimiento del asesinato de Salvador Medina resulta especialmente grave por el impacto que tiene

¹³ Véase en ese sentido, CIDH, Informe 130/99 Caso 11.740 México, párr. 53 e Informe 50/99 Caso 11.739 México, párr. 48.

¹⁴ Véase en tal sentido CIDH, Informe 130/99 Caso 11.740 México, párr. 56. También CIDH Informe 50/99 Caso 11.739 México, párr. 51.

¹⁵ En tal sentido, CIDH, Informe 130/99 Caso 11.740 México, párr. 57.

sobre la sociedad el asesinato de un periodista, al tener un efecto amedrentador sobre otros periodistas y sobre cualquier ciudadano, pues genera el miedo a denunciar los atropellos, abusos e ilícitos de todo tipo. En tal sentido, la Comisión ha señalado que la falta de investigación exhaustiva que conduzca a la sanción penal de todos los responsables del asesinato de un periodista constituye igualmente una violación al derecho a la libertad de expresión¹⁶.

La Comisión Interamericana también ha señalado que ese gravísimo efecto derivado del asesinato de un periodista solo puede ser evitado a través de la acción decisiva del Estado para castigar a todos los perpetradores, tal como corresponde a su obligación bajo el derecho internacional y el derecho interno. Por ello, en el presente caso, el Estado paraguayo debe enviar una fuerte señal a la sociedad en el sentido de que no habrá tolerancia para quienes incurran en violaciones tan graves al derecho a la libertad de expresión¹⁷.

Cabe citar aquí uno de los principios de la Declaración de Chapultepec que señala que *“El asesinato, el terrorismo, el secuestro, las presiones, la intimidación, la prisión injusta de los periodistas, la destrucción material de los medios de comunicación, la violencia de cualquier tipo y la impunidad de los agresores, coartan severamente la libertad de expresión y de prensa. Estos actos deben de ser*

¹⁶ Véase CIDH, Informe 130/99 Caso 11.740 México, párr. 47.

¹⁷ En tal sentido, véase CIDH Informe 50/99 Caso 11.739 México, párr. 52. También CIDH Informe 130/99 Caso 11.740 México, párr. 58.

*investigados con prontitud y sancionados con severidad”*¹⁸.

En el mismo sentido, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura (UNESCO) ha recomendado: *“Que los gobiernos adopten el principio de que no prescriben los crímenes contra las personas cuando son perpetrados para impedir el ejercicio de la libertad de información y de expresión o cuando tuvieran como su objeto la obstrucción de la justicia”*, añadiendo *“Que los gobiernos perfeccionen las legislaciones a fin de posibilitar el procesamiento y condena de los autores intelectuales de los asesinatos de quienes están ejerciendo el derecho a la libertad de expresión”*¹⁹.

De igual forma, el Relator Especial de las Naciones Unidas para la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión ha dicho que *“Los gobiernos deben hacer todo lo posible por investigar los actos o las amenazas de violencia, intimidación o acoso contra el personal o las oficinas de los medios de difusión y llevar a los responsables ante la justicia”*²⁰.

Por todo lo anterior, se debe concluir que la falta de investigación y sanción penal de los autores

¹⁸ Principio No. 5 de la Declaración de Chapultepec. Asimismo, cabe mencionar que la SIPOrganizó la Conferencia Hemisférica “Crímenes sin Castigo contra Periodistas” en 1997 en la ciudad de Guatemala, en donde se resolvió lo siguiente: *“CONDENAR el asesinato y toda violencia física contra periodistas como uno de los mayores crímenes contra la sociedad porque con ello se cercena la libertad de expresión y como consecuencia los demás derechos y libertades. CONDENAR la conducta omisa y cómplice de quienes tienen la responsabilidad de investigar y sancionar estos crímenes y no lo hacen y así sumándose aún más su gravedad; DEMANDAR de las autoridades que cumplan con su deber de prevenir, investigar y sancionar estos crímenes y reparar sus consecuencias”*.

¹⁹ UNESCO, Resolución 120 del 12 de noviembre de 1997.

²⁰ Naciones Unidas, E/CN.4/1998/40 párr. 28.

intelectuales del asesinato del periodista comunitario Salvador Medina, de acuerdo con la legislación y los procedimientos paraguayos, implica una grave violación del derecho a informar y expresarse pública y libremente. Además, este homicidio es una agresión contra todo ciudadano con vocación de denunciar arbitrariedades y abusos en la sociedad, agravada por la impunidad de sus autores intelectuales que son quienes tramaron el crimen y por ende los que tuvieron la intención de coartar la libertad de expresión. Por lo tanto, la falta de investigación seria y completa de los hechos del presente caso genera la responsabilidad internacional del Estado paraguayo por la violación del derecho a la libertad de expresión, tanto de Salvador Medina como de los ciudadanos en general, de recibir información libremente y de conocer la verdad de lo acontecido²¹, violando el artículo 13 de la Convención Americana, junto con el incumplimiento a la obligación de respetar y garantizar tal derecho establecida en el artículo 1.1 del mismo instrumento internacional.

²¹ Véase en tal sentido CIDH, Informes 130/99 Caso 11.740 México y 50/99 Caso 11.739, párrs. 61 y 56 respectivamente.

11. Los derechos del niño ante la libertad de expresión: el derecho a la intimidad y el derecho a informar

*Susana Oviedo**

Introducción

El derecho a la información convive y se complementa con los demás derechos humanos. Entre ellos, el derecho al honor, a la intimidad, a la vida privada, a la propia imagen, el derecho a la protección integral de los niños y adolescentes, entre otros.

En ocasiones, en esa convivencia pueden presentarse puntos de fricción que obligan a sopesar los derechos en conflicto y a reflexionar, a partir de que ningún derecho es absoluto, sobre los perjuicios que pudieran ocasionarse de privilegiar a uno u otro¹.

* Susana Oviedo es periodista, Máster en Periodismo Profesional. Doctora en Comunicación y Ética, por la Universidad Complutense de Madrid. Docente en la Facultad de Ciencias de la Comunicación de la Universidad Católica del Paraguay. Ex secretaria general del Sindicato de Periodistas del Paraguay. Premio Nacional de Periodismo, 1999. Con especialización en España, Chile, Brasil y EE.UU.

¹ Véase, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 11/96 Caso 11.230 Chile (Martorell) párrs. 62, 70, 71, 72, 74, 75.

Tal es el caso que se plantea cuando en la praxis del periodismo muchas veces los periodistas se hallan ante la disyuntiva de tener que ponderar entre el derecho a la información de cientos de miles de ciudadanos y el derecho a la intimidad de un niño o una niña. Y no siempre existe el tiempo suficiente para reflexionar y realizar todas las consideraciones posibles con el fin de resolver el dilema planteado. El problema en cuestión consiste en resolver si en ciertos casos debe darse prevalencia a la tutela prevista en la Convención sobre los Derechos del Niño o a la libertad de expresión, que comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole².

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, al enunciar en su artículo 13 la libertad de pensamiento y expresión, destaca que en el ejercicio de este derecho no puede haber censura previa, sino responsabilidades ulteriores.

El tema se complica cuando la información que se busca transmitir tiene como protagonistas a niños o adolescentes y, específicamente, a víctimas de violación u otras formas de agresiones físicas y psicológicas, o como imputados en la comisión de algún hecho ilícito. Frecuentemente los jueces, para evitar la doble

² Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas”. Opinión Consultiva OC-5/85. Párrs. 30, 31, 32, 33. También Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y Otros vs. Chile) Sentencia de 5 de febrero de 2001, párrs. 64, 65, 66 y 67 y Caso “Ivcher Bronstein” (Baruch Ivcher Bronstein vs. Perú) Sentencia de 6 de febrero de 2001 párrs. 146, 147, 148 y 149. También en este sentido Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 11/96 Caso 11.230 Chile (Martorell) párr. 53.

victimización y proteger el derecho a la intimidad de un menor de edad, niegan a la prensa el acceso a un juicio oral.

A priori, esta iniciativa procesal en defensa de la intimidad de los infantes podría interpretarse, objetivamente, como una medida restrictiva, incluso podría apreciarse como una censura previa. Pero también podría argumentarse otra posición al respecto, en el sentido de que en este aparente conflicto entre el derecho a la intimidad de un niño o niña y el derecho a la información, la jerarquía de los valores en colisión conduce a una propensión a evitar preventivamente la producción de daños al niño o a la niña. Esto por tratarse de una persona vulnerable, que está en plena formación y que carece aún de la capacidad de discernimiento, sobre todo, cuando está afectada por circunstancias dramáticas.

El artículo 14 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos señala que *“la prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia”*.

Partiendo de esta perspectiva, el presente trabajo se propone trazar una línea de reflexión comparando el comportamiento observado en dos casos específicos que han tenido lugar en Paraguay, en los que estuvieron

en juego el derecho a la intimidad y el derecho a la información.

El primero se trata de un juicio oral celebrado el 19 de marzo de 2001 en la ciudad de Villarrica - departamento del Guairá-, en el que fue juzgado un educador acusado de coacción sexual en perjuicio de sus tres hijas menores, cuya audiencia fue transmitida en directo por las radioemisoras locales y grabada en vídeo por un canal de TV, para ser emitida en parte en el conocido programa “Telefuturo” de Canal 4. Los periodistas y el público fueron privados de presenciar el juicio solo en el momento de la deposición de las víctimas.

El segundo, también un juicio oral, tuvo lugar en Asunción el 10 de mayo de 2001 e igualmente se trató de un caso de coacción sexual de la que resultaron víctimas dos niñas. Sin embargo, en esta oportunidad, el tribunal no permitió que la prensa y el público presenciaran la audiencia. Esta determinación fue calificada por los medios de prensa como censura y como una obstrucción al principio constitucional del libre acceso a las fuentes públicas y al derecho a la información.

Como fundamento de las afirmaciones que puedan surgir de este trabajo, referidas principalmente al derecho a la intimidad o vida privada -que para algunos autores son equivalentes, mientras que para otros son ámbitos distintos- y el derecho a la información, examinaremos la legislación nacional e internacional vinculada al tema. También consultaremos la opinión de jueces, periodistas y doctrina sobre la materia.

El objeto de este trabajo consiste en el análisis de si existe censura cuando se limita la libertad de expresión e información invocando el principio del “interés superior del niño” o bien, si hay fundamentos de indudable peso que justifican, en caso de conflicto, privilegiar la tutela de los derechos del niño por encima de otros derechos.

Precisiones conceptuales

Definición de niño/a, menor de edad y adolescente

Antes de abordar de manera concreta el tema es conveniente que establecer algunas precisiones conceptuales. En el derecho internacional existe casi un consenso en cuanto a considerar niño a toda persona que tenga menos de 18 años, por lo que toda persona menor de esa edad tiene derecho a recibir protección especial.

En la Convención sobre los Derechos del Niño se entiende por niño a todo ser humano menor de 18 años, salvo que, en virtud del derecho nacional correspondiente, haya alcanzado antes la mayoría de edad. De esta forma, es claro que son los Estados los que determinan cuándo se considera a una persona mayor o menor de edad, aunque tal determinación no debe alejarse de los parámetros establecidos por las normas internacionales.

En Paraguay la Ley N° 1702 que establece el alcance de los términos niño, adolescente y menor adulto, dispone que:

Niño: es toda persona humana desde la concepción hasta los trece años de edad.

Adolescente: toda persona humana desde los catorce años hasta los diecisiete años de edad.

Menor Adulto: toda persona humana desde los dieciocho años hasta alcanzar la mayoría de edad.

Por otro lado, y desde la perspectiva de la doctrina de la protección integral de los niños/as, que reemplaza a la doctrina de la situación irregular, el niño no es un mero receptor pasivo en la satisfacción de sus necesidades, sino que él es y debe ser un agente activo en las conductas que le afectan y en todas las actividades de interacción con los demás. Por eso se propone instrumentar los mecanismos para hacerlo partícipe activo en la satisfacción de sus propias necesidades y derechos.

Esta nueva visión de los niños, introducida por la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, permite que ya no se los vea como meros receptores de servicios y caridad o como beneficiarios pasivos de medidas protectoras, sino como sujetos de derecho.

Por lo tanto, tienen derecho a desarrollar su personalidad, sus habilidades y talentos hasta la máxima potencia, de beneficiarse de las protecciones especiales y de la asistencia, de participar en las decisiones que afecten sus vidas y ser informados acerca de sus derechos de una forma accesible y activa.

Dicho de otro modo, los derechos del niño, incluyendo el de la participación, “*no pueden*

percibirse simplemente como un favor hacia los niños o una amabilidad hacia ellos, sino como responsabilidad que toda la sociedad está obligada a respetar”³.

Definición de intimidad

La palabra intimidad tiene su origen en el vocablo latino *intimus*, que es superlativo de *interus*, de *inter*, y significa la zona espiritual reservada de una persona, también de un grupo o de una familia. “*La intimidad siempre hace referencia a las personas, a los seres racionales, que son los únicos que tienen un yo y tienen conciencia de ser un sujeto irrepetible. La intimidad se sitúa, pues, en el núcleo oculto de cada persona, donde se fraguan las decisiones propias e intransferibles*”⁴.

La intimidad, dice otro autor, “*es el poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman un círculo íntimo, personal y familiar, poder que le permite excluir a los extraños de entrometerse en él y de darle una publicidad que no desee el interesado*”⁵.

Puede definirse también como el “*conjunto de hechos o circunstancias de carácter privado, conocido por un número reducido de personas, respecto al que su titular posee un interés legítimo en evitar su divulgación*”⁶.

³ “Los derechos humanos en el Siglo XXI. Cincuenta ideas para su práctica”. Textos inéditos reunidos por Federico Mayor en colaboración con Roger-Pol Droit. Ediciones UNESCO. Icaria editorial. España, 1998.

⁴ Martí, Gracia. *La intimidad*. Pamplona, 1992, pág. 20.

⁵ O’ Callaghan, Xavier. *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*. Madrid, 1992, pág. 38.

⁶ Herrero Tejedor, Fernando. *La intimidad como derecho fundamental*, Madrid, 1998. Editorial Colex- Diputación Provincial de Castellón, 1ª edición, pág. 25.

Se trata, en definitiva, de una esfera propia, reservada, donde los demás no tienen cabida. Y algo sobresaliente de ella es que también es amparadora del honor y la propia imagen. Lo íntimo, en sentido vulgar, se refiere a lo más interno y reservado de las personas, lo más opuesto a lo público.

Nos recuerda Carlos Soria que toda fortaleza sustantiva de la intimidad se hace fragilidad pura al plantearse su comunicación. Es decir, la intimidad se destruye en tanto en cuanto es conocida por otro. *“Ni la ley ni el criterio de historicidad pueden configurar la esfera de protección de la intimidad voluntariamente comunicada o, por el contrario, asaltada, manipulada o robada desde fuera por un extraño. Se destruye por el simple hecho de su comunicación: a partir de ese momento ni es intimidad ni puede volver a serlo. Dicho con otras palabras: sólo la voluntad personal puede convertir la intimidad en objeto de información; pero la información de la intimidad es su misma destrucción”*⁷.

¿Vida privada o intimidad?

Aunque comúnmente se habla indistintamente de intimidad y vida privada, esto rigurosamente hablando no es correcto. La intimidad y la vida privada, según el catedrático español Niceto Blazquez, *“son como círculos concéntricos de los que la intimidad es el más interior, recóndito y nuclear que lo simplemente privado”*. Según este autor, vida privada o intimidad no son sinónimos. Lo íntimo es como la yerma de todo lo

⁷ Soria, Carlos. *El laberinto informativo*. Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1997.

que llamamos privado en las personas y en los grupos. La vida privada, en cambio, corresponde a estos cinturones más externos, como pueden ser el círculo familiar y otros afines. El autor nos recuerda que las prescripciones deontológicas y legales tratan de proteger esos diversos círculos contra las incursiones injustificadas de los medios informativos, advirtiendo que ni el derecho a la información ni el derecho a la vida privada son derechos absolutos.

Existe un amplio consenso respecto a que ni la intimidad ni la vida privada pueden ser objeto de información pública, si no media el consentimiento expreso de la persona afectada. En el caso de la intimidad esta regla es absoluta. En el caso de la vida privada, el principio tiene excepciones: se puede informar de la vida privada de una persona, sin que medie su consentimiento, si la información es verdadera, está obtenida por procedimientos éticos y tiene trascendencia para la vida pública o relevancia comunitaria cuando la persona por *motu proprio* se convirtió en una persona pública.

Aquí es oportuno apuntar que el ámbito de lo privado en los hombres públicos siempre es menor, en razón de su función, que el del ciudadano común. La vida pública constituye el foco principal de atención de la actividad periodística.

El caso de los infantes y adolescentes

¿Incorre en censura un juez cuando, siguiendo el expreso pedido de los actores y, más aún, considerando el informe psicológico sobre niños/as víctimas de

hechos de violencia o abusos sexuales ordena que el juicio sea restrictivo para miembros de la prensa? En principio, el temor ante medidas de esta naturaleza se explicaría para evitar la ampliación de la discrecionalidad de los magistrados o que restricciones de ese tono se conviertan en la regla y no la excepción.

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce la libertad de expresión de los niños (artículo 12) y dice que “...se dará en particular al niño, oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

El Código Procesal Penal de la República del Paraguay (Ley 1286/98) en su artículo 368 señala que el juicio será público, sin embargo, el tribunal podrá resolver, aún de oficio, que se realice total o parcialmente en forma privada, sólo cuando: “3) **se examine a un menor, si el tribunal considera inconveniente la publicidad**”.

En este sentido, la disposición del Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N° 1680, es mucho más directa y firme, en su artículo 236 dice: “...*el juicio oral, incluso la publicación de las resoluciones no será público*”, tratándose del juzgamiento de un menor.

Las actuaciones administrativas y judiciales son reservadas. No se expiden certificaciones ni constancias de las diligencias practicadas en el procedimiento, salvo las solicitadas por las partes de acuerdo con sus derechos legales.

Un sector vulnerable

Por lo general, cuando entre los protagonistas directos o indirectos de un proceso judicial emerge la figura de un menor, “*la situación se vuelve más vulnerable*”⁸.

Según el ya citado periodista y catedrático español, Carlos Soria, las informaciones sobre delitos que afectan de alguna manera a menores bordean dos graves peligros:

El morbo: la fuerza de la recreación de lo degradado depende en gran medida del sujeto de esa degradación. *Si el sujeto es un niño, esa atracción aumenta.*

El daño a la personalidad del menor: el ser objeto público de atención -en ese contexto de criminalidad o degradación- puede producirle perjuicios irreparables que le impidan su socialización.

En los libros de ética periodística existe una exhortación a los periodistas para evitar exponer al menor a situaciones de vergüenza emocionalmente fuertes y, sobre todo, a no ser víctima del escarnio público.

Los sistemas de administración de justicia especializados de menores deben respetar los derechos y la seguridad de éstos, fomentar su bienestar físico y mental y tener en cuenta la importancia de su rehabilitación⁹. Este es un ejemplo de la especial tutela

⁸ Marchena Gómez, Manuel. *La protección de la intimidad de los menores: perspectivas civil y penal*. Revista General del Derecho, N° 603, España.

⁹ Artículo 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y regla 1 de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.

que contienen las normas internacionales hacia los derechos del niño.

Además de los derechos que asisten a toda persona, los niños gozan de derechos específicos indispensables para su formación, que requieren del adulto y de la sociedad -incluidos los medios de difusión-comportamientos que los garanticen. Este es el sentido de la única limitación que prevé el Pacto de San José de Costa Rica a la libertad de expresión al disponer que los espectáculos públicos pueden ser sometidos a censura previa con el objeto de proteger la moral de la infancia y la adolescencia (artículo 13. 4).

Hay que añadir que la Convención sobre los Derechos del Niño dirige a los jueces una petición expresa de atender el interés superior del niño (artículo 3), por lo que no pueden dejar de ponderar en cada caso *cuándo la prevención del daño es preferible a la reparación ulterior*.

Tratándose de la intimidad de un menor *“no es difícil descubrir que su agravio genera un daño irreparable, porque no es mensurable y porque producida la información lesiva a los intereses del menor esta no se puede retrotraer. En estos casos resulta importante reconocer al juez la potestad de impedir o limitar el ejercicio de la libertad de expresión pues el daño a la intimidad puede adquirir graves proporciones y no sea razonablemente posible su reparación por otros medios”*¹⁰.

¹⁰ Corte Suprema de la Nación Argentina: Sentencia 622..XXXIII S/medidas precautorias, BS.AS, abril de 2001, pág. 36.

Aunque objetivamente se trata de medidas restrictivas, éstas se adoptan para prevenir una lesión a otros bienes jurídicos, como es el derecho a la intimidad de un niño.

Por eso, *una tutela judicial preventiva, en ese sentido, no puede equipararse a la censura administrativa*. Esta es una primera conclusión que, conforme a estas primeras consideraciones, podemos anticipar.

Libertad de expresión

No obstante, no se puede desconocer que existe el criterio general a favor de la libertad de expresión porque opera como garantía de los demás derechos -que comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole- y porque su vigencia es fundamental para construir una sociedad democrática¹¹. Por eso, generalmente se la da un valor preferente, de ahí que cualquier intento de limitarla o regularla a través de mecanismos de control administrativos está deslegitimado a priori.

Para algunos periodistas, la medida procesal impuesta por un juez, aun en salvaguarda de los derechos del niño, se encuadra dentro de lo que se podría denominar una intervención estatal que afecta a la libertad de expresión.

Aquí merece la pena destacar que la intervención preventiva de los jueces *“supone siempre la actuación*

¹¹ Corte IDH, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas”, párr. 70 y Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “La Última Tentación de Cristo”, párr. 68.

de un órgano rodeado de las máximas garantías constitucionales que resguardan su independencia respecto de los otros poderes del Estado, que resulta ajeno a los intereses en disputa y que toma sus decisiones observando el respeto al derecho de defensa en juicio de los involucrados”¹².

Sin embargo, con el fin de ser objetivos, se llevó a cabo una consulta sobre la adopción de una medida precautoria como la señalada a siete periodistas paraguayos, que diariamente realizan la cobertura de las actividades judiciales, y el criterio general es que *no la ven como una censura*. Solo uno de ellos sostiene que se viola la libertad de prensa, porque impide a los periodistas su labor de recabar información para difundirla. Los demás entienden que cuando se trata de menores de edad, las propias normas judiciales y la ética profesional exigen mayores recaudos en consideración de la vulnerabilidad de los niños y adolescentes. Esta es, en definitiva, una señal alentadora para buscar puntos de convergencia entre los comunicadores sociales y los magistrados de justicia en este tema.

Alegato a favor de la publicidad de los juicios

Quienes sostienen que un juicio público, en determinados casos, no puede celebrarse en forma reservada, podrían argumentar lo siguiente en defensa de su posición:

¹² Corte Suprema de la Nación Argentina: Sentencia 622. XXXIII s/medidas precautorias, BS.AS, abril de 2001, pág. 36.

1. La publicidad de los juicios es la más oportuna garantía de su rectitud: es una garantía de justicia y libertad.
2. El imputado encuentra en ella la mejor seguridad contra la calumnia, contra la ilegalidad y la parcialidad.
3. El juez se pone a cubierto de la sospecha y se siente más seguro de su conciencia.
4. El ministerio público y los defensores se sienten estimulados en el cumplimiento concienzudo y animoso de su deber.
5. Los testigos y los peritos experimentan un saludable control.
6. El pueblo, comprobando la regular, serena e igualitaria aplicación de la ley penal, adquiere confianza en el ordenamiento jurídico del Estado y en la Administración de Justicia, a la vez que se instruye en el conocimiento de las leyes penales.
7. La moralidad sale ganando con el espectáculo del delito descubierto y castigado¹³.

Ciertamente, las consideraciones que acabamos de citar constituyen ventajas o demuestran las virtudes de la publicidad de los actos judiciales, pero no se puede soslayar que, como la otra cara de una misma moneda, también implican inconvenientes, especialmente en el efecto degradante y traumático que pudiera tener la

¹³ Manzini. *Derecho Procesal Penal*. Bs. As., 1952, T. III, pág. 46, citado en el libro de Herrero-Tejedor, Fernando. *La intimidad como derecho fundamental*. Editorial Colex, 1ª edición. Diputación Provincial de Castellón, 1998.

publicidad del proceso sobre la personalidad de un infante o adolescente, ya como imputado de un delito o víctima de éste. Sobre todo considerando que por su corta edad todavía no ha desarrollado todas sus habilidades y potencialidades, y porque está en proceso de construcción de su personalidad. Además, los menores de edad poseen mayores oportunidades que un adulto para lograr, si se les proporcionan las condiciones adecuadas, su rehabilitación y posterior reinserción social después de haber sido un infractor de la ley o una víctima de una trasgresión.

El proceso judicial representa un frágil punto de encuentro entre intereses que actúan en direcciones no siempre convergentes, *“la fragilidad de ese espacio llamado a ser colmado por intereses divergentes se hace mucho más intensa y vulnerable cuando entre los protagonistas directos o indirectos emerge la figura de un menor”*, advierte Manuel Marchena Gómez¹⁴, al tiempo que resalta la necesidad de salvaguardar al menor de los efectos nocivos asociables a su *“involuntaria condición de objeto de relevancia informativa”*, lo que a criterio suyo obliga a un marco jurídico mucho más restrictivo y excluyente de la indeseable injerencia de terceros.

Revisión de dos casos concretos

El propósito de este capítulo es demostrar la manera en que se procedió en dos casos distintos que tuvieron lugar en el país, en el curso del presente año, y en los que estuvieron confrontados los dos derechos que

¹⁴ Marchena, Gómez Manuel, ídem.

estamos analizando en este trabajo. Se trata de dos juicios orales, en los que estuvieron involucradas niñas y adolescentes como víctimas de abusos sexuales. Al repasarlos, pretendemos resaltar el comportamiento que adoptaron los magistrados y los periodistas.

Primer caso

Se trata de un juicio oral celebrado en la ciudad de Villarrica, departamento del Guairá, en marzo de 2001. La imputación: coacción sexual cometida por un padre en perjuicio de sus hijas de 13, 17 y 19 años. El imputado: un educador de nombre Conrado Duarte, plenamente identificado en los medios de prensa. El Tribunal estuvo compuesto por los jueces Víctor Caroni, Loida Alfonzo y Justiniano Velaztiquí.

El proceso se había iniciado en junio de 2000, luego de que las tres hermanas presentaron la denuncia en contra de su padre, con el acompañamiento de una religiosa que dirige un albergue local.

Duarte había sido privado de su libertad durante cinco meses, hasta que el Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Villarrica le concedió una pena sustitutiva de libertad en la etapa de investigación del caso. La medida provocó la indignación de la ciudadanía local que se manifestó en varias ocasiones en contra del Poder Judicial.

El juicio oral tuvo lugar los días 20 y 21 de marzo de 2001 y fue transmitido en directo por las radios de la ciudad, con un total de unas 18 horas de grabación. Los periodistas y el público dejaron de participar solamente en el momento de la intervención de las víctimas. Todo

el proceso también fue grabado para su emisión, en parte, en el programa del periodista Humberto Rubin, emitido por la estación de TV Telefuturo, Canal 4, en horario nocturno (23 horas), tomándose las precauciones sobre la imagen e identidad de las adolescentes, lo que no evitó que el caso rayara con las fronteras del espectáculo.

Los periodistas que cubrieron el juicio oral, en su mayoría de radio y algunos corresponsales de periódicos, acordaron previamente con los miembros del tribunal algunos recaudos por observar en la tarea informativa, sobre todo, en consideración a las niñas implicadas en el caso. Entre ellos, el respetar el derecho a la identidad de las víctimas y abandonar el recinto, como lo haría el resto del público, en el momento en que iban a deponer éstas.

Sin embargo, durante la transmisión directa del juicio, no se pudo evitar que al inicio se mencionaran los nombres de las menores. Y, como es común en los medios nacionales, también se publicó el nombre del trasgresor. En este caso el padre de las niñas, con lo que ya desde el principio resultaba fácil identificar a las víctimas.

Aspectos positivos

- La predisposición de los periodistas a acatar las recomendaciones, tanto jurídicas como éticas, para cubrir un juicio oral en el cual tres adolescentes se convirtieron, involuntariamente, en objeto mediático.

- La apertura tanto de los magistrados que integraron el tribunal, como de los periodistas, de consensuar previamente pautas de comportamiento dentro del proceso y con relación a la publicidad de este.

Aspectos negativos

- Permitir, por descuido, que se conozca durante la transmisión en directo la identidad de las víctimas. También podría cuestionarse que se haya dado a conocer los datos del progenitor (nombre, edad, ocupación, etc.) de las mismas, acusado del delito de coacción sexual, hecho que facilitó aún más la individualización de las víctimas.
- No haber consultado la opinión de las niñas respecto a si las incomodaba o no el hecho de que el juicio fuera transmitido en directo o que fuera solo parcialmente público. Tampoco el que fuera grabado para un programa de televisión, de alcance nacional, lo que significaba que la tragedia que les tocó padecer iba a trascender la ciudad donde residen.
- El que los medios locales hayan convertido en un espectáculo de transmisión simultánea un proceso en sí difícil para las jovencitas involucradas en el caso que, por tratarse de un pueblo pequeño, no podían escapar a la estigmatización que significa haber sido violadas por el progenitor y que, además, todos se hayan enterado de ello.

Segundo caso

Juicio oral celebrado en Asunción, el 10 de mayo de 2001. La imputación: abuso sexual de dos niñas de 14 años. El imputado: un hombre mayor de edad, Víctor Raúl Garcete. Tribunal compuesto por los jueces Jorge Bogarin, Luis María Yaryes y Blanca Gorostiaga.

En el juicio se analizaba la conducta de una persona acusada de abusar en forma sistemática de dos niñas de 14 años, una de las cuales, incluso, había quedado embarazada y gestado un hijo, producto de esos abusos.

Por disposición del juez Bogarin, quien presidió el tribunal, el proceso oral se celebró en forma privada, sin presencia de la prensa ni el público. La medida ocasionó el disgusto de los periodistas, sobre todo, porque no fue comunicada con antelación. Esto hizo que un periodista en particular, junto con un reportero gráfico de su diario (Última Hora) hayan ingresado como habitualmente lo hacen los comunicadores a la sala de juicio oral, de donde de inmediato fueron invitados a retirarse. De ese modo, no pudieron abordar al imputado antes de iniciarse la audiencia ni captar su imagen.

La decisión del magistrado fue calificada de censura a la prensa y criticada a través de todos los medios por destacados periodistas en el Poder Judicial.

Aspecto positivo

- La ponderación del tribunal sobre la prevalencia de los derechos del niño, considerando que se trataba de un caso sumamente traumático para las adolescentes, quienes habían sido víctimas del abuso sexual.

Aspectos negativos

- Que los magistrados no hayan comunicado con antelación la decisión de que el juicio sería realizado en forma privada, explicando las razones que los habían conducido a adoptarla.
- Que no hayan agotado previamente el diálogo con los periodistas, atendiendo la incipiente vigencia del juicio oral en el país.
- Que no se hayan proporcionado otros datos sobre el caso, descontando aquellos recaudos legales con respecto a los niños/as, considerando que el imputado es un adulto y que, además del peso de la justicia, merece el escarnio público por la gravedad del hecho en que incurrió.
- Que los periodistas hayan pasado a segundo plano el tema motivo del juicio que en sí constituía un hecho de suma gravedad, anteponiendo la información sobre el impedimento que les impuso el tribunal y convirtiéndose ellos en protagonistas.
- La incompreensión por parte de los comunicadores de que cuando se trata de niños/as y adolescentes las normas internacionales y nacionales aconsejan salvaguardar en primerísimo lugar el interés superior del niño. Esto faculta a un juez a ordenar que un juicio oral se celebre en forma privada.

Derechos del niño que podrían vulnerarse en la publicidad de un juicio:

El derecho a la intimidad y/o privacidad: se vulnera cuando se ponen al descubierto situaciones que

tienen que ver con ese ámbito de la vida interior, reservado para sí, respecto del que cada cual, como su titular, posee la legítima potestad de evitar su divulgación.

El derecho a la identidad: cuando es plenamente identificado por su nombre, o a través de pistas (padres, origen, domicilio, imagen) que conduzcan a deducir de quién se trata. El nombre, un derecho básico de la persona, es el medio que lo individualiza dentro del contexto social y la identifica como sujeto concentrador de derechos y deberes, y de acciones positivas o negativas para el contorno social en el que se desenvuelve. El nombre, como la imagen, tiene una potencia patrimonial. Nombre e imagen son, pues, dos realidades próximas, que hacen referencia a la personalidad humana en sus manifestaciones concretas de individuo¹⁵.

El derecho a una vida digna: los niños/as y adolescentes tienen derecho a crecer equivocándose y a que se les de la oportunidad de reencausar sus vidas y a desarrollar sus potencialidades y personalidad sobre la base del respecto a su dignidad como personas. Al exponerlos públicamente, ya sea como delincuentes o como víctimas, quedan estigmatizados y se estrechan los márgenes para que se recuperen de sus equivocaciones -en caso de los delincuentes- o de sus traumas -en caso de que sean víctimas-. En definitiva, se les cercenan las posibilidades de rehabilitarse y de crecer con el ejercicio pleno de sus derechos.

¹⁵ Azurmendi Adarraga, Ana. *El derecho a la propia imagen. Su identidad y aproximación al derecho a la información*. Fundación Manuel Buendía y Universidad Iberoamericana, 1ª Edición, Editorial Civitas, México, D.F., 1997.

El derecho a la libertad de expresión: por lo general, a los y las niñas, niños y adolescentes, no se les concede la oportunidad de manifestarse respecto a si están en condiciones de rememorar en público lo que hicieron o les han hecho, o a repetir, una y otra vez, lo que han vivido. Tampoco se les consulta si admitirían dar su consentimiento para ser fotografiados, interrogados por los periodistas, grabados y expuestos ante la opinión pública a través de la prensa. *“Los niños capaces de formarse su propia opinión han de tener la oportunidad de expresarla en todo procedimiento judicial o administrativo relacionado con ellos, ya sea directamente o por medio de un representante”*¹⁶.

El derecho a la propia imagen: junto con los derechos al honor y a la vida privada, constituyen el núcleo básico de los llamados “derechos de la personalidad”, que se adquieren con el nacimiento. Esta convergencia de imagen, honor y vida privada -en términos de reconocimiento y de vías de protección- no impide que cada uno de los derechos se dibuje con un perfil propio¹⁷. Se trata, pues, de la representación de la figura humana en forma visible y reconocible. Es una manifestación esencial de la personalidad, puesto que la imagen constituye uno de los elementos fundamentales de la proyección externa de la persona. Es una representación sensible, por tanto, no es una abstracción sino una entidad concreta que tiene la cualidad de ser captada por los sentidos. La imagen humana participa de la dignidad personal propia del ser humano. De ello deriva la exigencia de su adecuada protección. Honor,

¹⁶ Artículo 40.2 de la CDN y regla 15 de las Reglas de Pekín.

¹⁷ Ídem.

intimidad, nombre y voz son realidades cercanas a la imagen.

¿Cómo se protegen estos derechos en Latinoamérica?

Costa Rica: Código de la Niñez y la Adolescencia¹⁸

Derecho a la integridad: las personas menores de edad tendrán derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Este derecho comprende la protección de su imagen, identidad, autonomía, pensamiento, dignidad y valores.

Derecho a la privacidad: las personas menores de edad tendrán derecho a no ser objeto de injerencia en su vida privada, familia, domicilio y correspondencia, sin perjuicio de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad.

Derecho a la imagen: prohíbese publicar, reproducir, exponer o utilizar, en cualquier forma, imágenes o fotografías de personas menores de edad, para ilustrar informaciones referentes a acciones u omisiones que se les atribuyan, sean de carácter delictivo o de contravención o riñan con la moral o las buenas costumbres, asimismo, cuando de algún modo hayan participado o hayan sido testigos o víctimas de esos hechos, si se afecta su dignidad. Queda prohibida la publicación del nombre o cualquier otro dato personal que permita identificar a una persona menor de

¹⁸ Vigente desde el 6 de febrero de 1998. Capítulo II. Derechos de la Personalidad.

edad, autora o víctima de un hecho delictivo, salvo autorización judicial fundada en razones de seguridad pública.

República Dominicana: Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes¹⁹

Se prohíbe el uso del nombre, voz, edad, presentación de imagen, sea en fotografía o en vídeo, revelación de edad y procedencia de los menores que se encuentran en estado de peligro, desgracia o abuso o cualquier otra circunstancia difícil, a través de los medios de comunicación escrita, radiales y televisivos que afecten su desarrollo físico, moral, psicológico e intelectual²⁰.

El funcionario o empleado que, sin la debida autorización, divulgue total o parcialmente por cualquier medio de comunicación el nombre, hecho o documento relativo a un procedimiento policial, administrativo o judicial que se encuentre en curso, y en el que se atribuya un acto infraccional a un o una menor, se le impondrá la multa de tres a veinte salarios. En caso de reincidencia se le aplicará el doble de la multa.

Párrafo I. Se aplicará la misma pena a quienes exhiban, en todo o en parte, fotografías, imágenes, nombres o datos que permitan identificación directa o indirecta de niños, niñas o adolescentes a los que se atribuya la comisión de

¹⁹ Ley 14-94, artículos 113 y 347, respectivamente.

²⁰ Artículo 113 del Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de República Dominicana.

un acto infraccional, o a niños, niñas o adolescentes en situación de peligro, riesgo o en circunstancias especialmente difíciles.

Párrafo II: Cuando la infracción sea cometida a través de la prensa escrita, radial o televisiva, la autoridad judicial competente podrá determinar la suspensión de la impresión, de la programación y de la emisora por el término de dos (2) días, o detener la publicación de dos tiradas del periódico.

Brasil: Estatuto da Criança e do Adolescente²¹

Divulgar, total o parcialmente, sem autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo a criança ou adolescente a que se atribua ato infraccional:

Pena-multa de tres a veinte salários de referencia, aplicando-se o dobro em caso de reincidencia.

1º Incorre na mesma pena quem exhibe, total ou parcialmente, fotografia de criança ou adolescente envolvido em ato infraccional, ou qualquer ilustração que lhe diga respeito ou se refira a atos que lhe sejam atribuídos, de forma a permitir sua identificação, direta ou indiretamente.

2º Se a fato for praticado por órgão de imprensa ou emissora de rádio ou televisão, além da pena

²¹ Cap. II. Das infrações administrativas. Art. 247.

prevista neste artigo, a autoridades judiciária poderá determinar a apreensão da publicação ou a suspensão da programação da emissora até por dois dias, ben como da publicação do periódico até por dois números.

Nicaragua: Código de la Niñez y la Adolescencia²²

Prohíbe a los medios de comunicación difundir por cualquier medio los nombres, fotografías o señales de identificación que correspondan a niños, niñas y adolescentes que hayan sido sujetos activos o pasivos de delito.

Colombia, Código del Menor²³

En la transmisión de los hechos delictivos en los que aparezca involucrado un menor como autor, partícipe o testigo de los mismos, no se le podrá entrevistar, ni dar su nombre, ni divulgar datos que lo identifiquen o puedan conducir a su identificación. Esta misma prohibición se aplica en los casos en que el menor es víctima de un delito, salvo cuando sea necesario para garantizar el derecho a establecer su identidad o la de su familia si ésta fuere desconocida. En cualquier otra circunstancia será necesaria la autorización de los padres o, en su defecto, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

²² Vigente desde 1998.

²³ Artículo 301.

Ecuador: Código de Menores²⁴

Los funcionarios judiciales, administrativos y de policía no podrán proporcionar información a los medios de comunicación de los resultados de las diligencias que se realicen en un proceso en el cual esté involucrado un menor. En caso de incumplimiento se impondrá una multa equivalente de hasta un salario mínimo vital del trabajador en general. En caso de reincidencia el Tribunal solicitará la destitución del funcionario responsable.

Sólo el Tribunal de Menores que conoce en el caso podrá, si lo considera conveniente, proporcionar información o copia del proceso a los organismos o instituciones que lo solicitaren con causa justa.

Conclusión

Como hemos podido apreciar, los Códigos sobre derechos del niño, niña y adolescentes de varios países son sumamente estrictos en relación con la información sobre los menores de edad. Sobre todo, en lo que respecta a la salvaguarda de los derechos a la identidad y a la imagen, a tal punto que se prevén multas, destituciones de funcionarios públicos y hasta la suspensión de programas de radio o televisión y la publicación, en el caso de un medio impreso, si se transgreden las disposiciones sobre la materia. Algunas de ellas son medidas extremas que colisionan con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que bien podrían evitarse si los

²⁴ Artículo 183.

medios de prensa adoptaran las medidas tutelares recomendadas en relación con los niños, niñas y adolescentes.

Opiniones calificadas sobre el tema

Juzgamos importante en este apartado recabar las opiniones de algunos de los magistrados que tomaron parte de los dos juicios orales que mencionamos en el capítulo precedente. Los jueces consultados fueron: Víctor Caroni y Lidia Alfonso de Espínola, que integraron el tribunal del caso de Villarrica; y Jorge Bogarin, que presidió el tribunal en el caso de Asunción.

Entrevista al Juez Víctor Caroni

Pregunta: Si en un juicio que involucra a menores de edad decide prohibir el acceso de la prensa, ¿por qué tomaría esta determinación?

Respuesta: Uno de los principios del juicio oral y público es la publicidad. Con ella el imputado encuentra tutela contra cualquier anormalidad. Además, cualquier persona tiene la posibilidad de estar presente en aquellos actos procesales que la norma dispone deben realizarse en público, esto es, respecto de las cuales la ley no dispone el secreto ni restringe el conocimiento de los mismos a un círculo de personas.

Pero, no obstante, en un juicio oral y público donde están involucrados menores de edad *corresponde realizar la audiencia del juicio en forma privada, sea total o parcialmente. No solo se prohíbe el acceso de la*

prensa, sino a toda persona extraña al proceso y, una vez desaparecida la causa que motiva la restricción, ingresa nuevamente el público a la sala.

2. Si la medida de restricción es cuestionada por los periodistas, ¿qué argumentos esgrimiría para justificarla? ¿Cómo explicaría que no se trata de una censura previa al derecho de informar?

Respuesta: Si la medida de restricción es cuestionada, debemos acotar que la restricción adoptada es fundada por disposición del Código Procesal Penal (artículo 368) y, además, dicha disposición enumera las causales por las que el Tribunal de Sentencia, aún de oficio, dispone se realice total o parcialmente en forma privada.

En el caso del menor es esencialmente para evitar los efectos estigmatizantes. Evitar la victimización del declarante o imputado menor de edad, garantizar su estabilidad emocional y para que no se altere la espontaneidad en el momento de deponer.

No se trata de una censura previa al derecho de informar, sino de una determinación que se enmarca en el artículo 54 de la Constitución Nacional que recoge el principio de protección integral del niño.

Entrevista a la Jueza Loida Alfonso de Espínola

Pregunta: Si en un juicio que involucra a menores de edad decide prohibir el acceso de la prensa, ¿por qué tomaría esta determinación?

Respuesta: Primero, en cumplimiento de las disposiciones legales. Luego, porque del

reconocimiento ahora logrado para los niños, como personas humanas iguales en dignidad a otro ser humano, sin importar la edad, cualquier medida que se adopte deberá estar fundada en el interés superior y en el respeto de sus derechos, a partir de su protección integral.

En este contexto, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño establece una clara limitación que debe observarse por los aplicadores de la ley: “...en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades o los órganos legislativos, una consideración primordial a que lo que se atenderá será el interés superior del niño”.

Para resolver que la audiencia se realice en forma privada, analizaría cada caso en particular, cuidando de no exponer a menores a situaciones traumatizantes y atendiendo que sus derechos como persona humana no sean vulnerados.

2. Si la medida de restricción es cuestionada por los periodistas, ¿qué argumentos esgrimiría para justificarla? ¿Cómo explicaría que no se trata de una censura previa al derecho de informar?

Respuesta: Además de las disposiciones contenidas en el Código Procesal penal, referente al procedimiento especial por seguir en casos de menores, el artículo 29 de la ley 1.680/01 dispone que “queda prohibido publicar por la prensa escrita, radial, televisiva o por cualquier otro medio de comunicación, los nombres, las fotografías o los datos que posibiliten identificar al niño o adolescente, víctima o supuesto autor de hechos

punibles...” En el mismo sentido se establece la obligación del secreto de las actuaciones contenidas en el artículo 27 de la citada ley.

Durante la realización del juicio oral, la publicidad presupone la posibilidad de asistencia de cualquier miembro de la comunidad, se trata pues de una publicidad *erga omnes*. Sin embargo, la publicidad se relativiza cuando solo las partes pueden tomar conocimiento de las actuaciones en razón de mediar algunas de las situaciones excepcionales señaladas en el artículo 368 del Código Procesal Penal.

En tal sentido, la restricción para el acceso no se da en contra de los medios de prensa, sino contra cualquier ciudadano, a partir del principio contenido en los artículos 46, 47, y 48 de nuestra Carta Magna cuando se preceptúa sobre “la igualdad de los derechos de las personas” y el solo efecto de proteger al niño o adolescente.

No se trata de una censura previa al derecho de informar, en virtud que la misma Constitución Nacional, que garantiza la libre expresión y la libertad de prensa, dispone en el artículo 27 in fine que “la ley regulará la publicidad a los efectos de la mejor protección de los derechos del niño, del joven...”.

Los menores, por su condición de persona, tienen iguales derechos que los adultos, pero en su normativa, por la circunstancia de la edad y el grado de madurez, se establecen derechos propios para ellos.

En este contexto, existen leyes especiales que regulan, restringen y prohíben publicaciones para los efectos, precisamente, de proteger al niño, niña o

adolescente de cualquier situación de riesgo o de peligro, generalmente de carácter social, en donde se tiende a victimizar a los jóvenes, contraviniendo el principio sustentado de interés superior.

Entrevista al Juez Jorge Bogarín González

Su punto de vista fue recolectado del comunicado de prensa que se vio obligado a emitir tras el incidente con los periodistas judiciales, en el caso al que hacemos referencia en este trabajo en el capítulo anterior.

Según el magistrado, la determinación de declarar como privado el juicio oral celebrado el 10 de mayo del año en curso (Segundo Caso), *“fue tomada considerando que se trataba de un juicio en el cual se analizaba la conducta de una persona acusada de abusar de forma sistemática de dos niñas de 14 años, una de las cuales incluso había quedado embarazada y había gestado a un hijo, producto de los citados abusos”*.

Que *“durante el juicio se analizaron en todo momento, cuestiones muy delicadas que afectaban al pudor de dos niños y ante el pedido de los propios fiscales de la causa, el tribunal tomó la decisión de realizar el juicio solo ante las partes y funcionarios judiciales, con base en lo que establecen las disposiciones tanto del Pacto de San José de Costa Rica, de la Constitución Nacional y del artículo 368 del Código Procesal Penal”*.

Además, *“que el fundamento de la decisión está basado en la obligación de proteger a las víctimas (en este caso, dos niñas de 14 años profundamente*

traumatizadas por la agresión recibida) y evitar la doble victimización como consecuencia de la publicidad del proceso. Las mismas acudieron al proceso asistidas por profesionales sicólogas y en el momento de su declaración, incluso fueron desalojados los funcionarios judiciales que estaban presentes, quedando solo las partes (fiscales, defensores y magistrados)”.

El juez Bogarín sostiene que *“el Tribunal de Sentencia en ningún momento ha violado garantía alguna. Muy por el contrario, se ha obrado protegiendo la intimidad de las niñas víctimas del hecho punible”.*

En relación con el acusado, explica el magistrado, *“nunca se ordenó restricción alguna y de hecho las informaciones sobre el mismo, nunca fueron censuradas”.* Y al periodista que en principio estaba interesado en el desarrollo del juicio, *“se le explicó las razones de la restricción”.*

En síntesis

De las explicaciones y respuestas obtenidas de los magistrados debe rescatarse que estos son conscientes del principio del interés superior del niño y de la obligación que como jueces tienen de proteger, con especial interés, los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Asimismo, tienen conocimiento de los instrumentos jurídicos que rigen sobre la materia, lo que demuestra que están actualizados y al tanto de la doctrina de la protección integral que rige con relación a los infantes.

La Convención Americana sobre los Derechos Humanos y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño guardan sustancial analogía y ambas confieren especialísima e inderogable tutela a los derechos de la infancia. Son además normas de igual categoría, por tanto, en la ponderación de cuál derecho pesa más en casos como los examinados en el presente trabajo, la propensión es proteger al sector más vulnerable, en este caso, a los niños y adolescentes.

La necesidad de una “protección especial” enunciada en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como la atención primordial al interés superior del niño dispuesta en su artículo 3, proporcionan un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos en los que están involucrados los niños y adolescentes, teniéndose en consideración aquella solución que les resulte de mayor beneficio.

Existe una acentuada presunción a favor del niño, que “por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal (preámbulo citado), lo cual requiere de la familia, de la sociedad y del Estado la adopción de medidas tuitivas que garanticen esa finalidad (artículo 19 del Pacto de San José de Costa Rica).

A la luz de estos principios, no cabe duda de que el niño tiene derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de sus representantes (artículo 12.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño). La solicitud de protección judicial para que no se ventilen aspectos que hacen a su filiación e intimidad encuentra sustento en los tratados examinados.

En el caso de los niños es mayor aún el compromiso que impele a los periodistas para evitar preventivamente la producción de daños que tornarían ilusorio el principio del interés superior que los ampara. En este punto, recordamos que una de las pocas censuras previas que se admiten a la libertad de expresión, aunque tiene que ver con los espectáculos públicos, es justamente con el objeto de proteger a los menores de edad (inciso 4 del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Los jueces, sobre quienes pesa la obligación de atender al interés superior del niño, no pueden dejar de ponderar aquellos supuestos en los que la prevención del daño se impone como única protección judicial efectiva (artículo 25 del Pacto de San José de Costa Rica), atento a la insuficiencia de las responsabilidades ulteriores para reparar eventuales agravios derivados de la divulgación de la identidad de un menor o de la intromisión ilegítima en su intimidad.

Es posible conciliar ambos derechos: libertad de expresión (en su vertiente: el derecho a la información) y el derecho de intimidad de un niño o niña mediante el control preventivo que se adopte con relación al infante, limitando sus alcances a lo estrictamente necesario e indispensable para satisfacer su finalidad tuitiva. Esto no significa negar la búsqueda y difusión de la información. En consecuencia, medidas de esta naturaleza no podrían considerarse como incompatibles con la libertad de expresión y pensamiento (artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

En casos como los examinados en este trabajo es de rigor la tutela preventiva de la índole que dispuso el juez Jorge Bogarin, ordenada con el fin de evitar que ocurra un daño cierto e irreparable en sus consecuencias para las niñas involucradas. Su decisión no es equiparable cualitativamente a una censura previa, ni avasalla a la prensa, ni niega el derecho a la información que tienen los ciudadanos.

Recomendaciones

Dado que no existe un criterio único entre los magistrados al momento de decidir sobre la publicidad parcial o total de un juicio oral que involucra a niños, niñas y adolescentes, habría que llevar a cabo encuentros de intercambio entre éstos, abogados, fiscales y periodistas.

Debe discutirse entre los distintos sectores que convergen en casos como los examinados en esta investigación, el hecho de que los niños gozan, además de los derechos de toda persona, derechos específicos indispensables para su formación que requieren del adulto y de la sociedad –incluidos los medios de difusión- un comportamiento que los garantice.

Habría que propiciar alianzas con los medios de comunicación y los comunicadores para que, además de presentar noticias que respeten la dignidad de los niños y niñas, también conozcan las razones que llevan a priorizar la tutela de la personalidad de los ciudadanos menores de edad, inclusive ante los derechos que comprende la libertad de expresión.

Sería de suma utilidad organizar talleres, con fines de actualización, sobre los derechos a la identidad, a la intimidad, a la vida privada, a la propia imagen, al honor; sus alcances y limitaciones, según se trate de una figura pública o no, de un niño, niña o un delincuente juvenil. Ha quedado claro que ni jueces, ni periodistas tienen absoluta claridad sobre la aplicación práctica de tales derechos.

Marco normativo

El objetivo de esta sección apunta a una visión de los instrumentos que, en materia jurídica, existen con relación a los derechos del niño y la libertad de expresión. El fin es determinar, sobre la base de los mismos y conforme a la prelación de la ley, qué podría invocarse en caso de suscitarse alguna colisión entre los derechos confrontados en el presente trabajo (derecho a la intimidad versus derecho a la información).

Regulación constitucional

Artículo 4: Del derecho a la vida

El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantiza su protección, en general, desde la concepción. Queda abolida la pena de muerte. Toda persona será protegida por el Estado en su integridad física y síquica, así como en su honor y en su reputación. La ley reglamentará la libertad de las personas para disponer de su propio cuerpo, solo con fines científicos o médicos.

Artículo 17: De los derechos procesales

En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a:

2) que se le juzgue en juicio público, salvo los casos contemplados por el magistrado para salvaguardar otros derechos.

Artículo 26: De la libertad de expresión y de prensa

Se garantizan la libre expresión y la libertad de prensa, así como la difusión del pensamiento y de la opinión, sin censura alguna, sin más limitaciones que las dispuestas en esta Constitución; en consecuencia, no se dictará ninguna ley que las imposibilite o las restrinja. No habrá delitos de prensa, sino delitos comunes cometidos por medio de la prensa.

Toda persona tiene derecho a generar, procesar o difundir, como igualmente a la utilización de cualquier instrumento lícito y apto para tales fines.

Artículo 27: Del empleo de los medios masivos de comunicación social

El empleo de los medios masivos de comunicación social es de interés público; en consecuencia, no se los podrá clausurar ni suspender su funcionamiento.

No se admitirá la prensa carente de dirección responsable.

Se prohíbe toda práctica discriminatoria en la provisión de insumos para la prensa, así como interferir las frecuencias radioeléctricas y obstruir, de la manera que fuese, la libre circulación, la distribución y la venta de periódicos, libros, revistas o demás publicaciones con dirección o autoría responsable.

Se garantiza el pluralismo informativo. **La ley regulará la publicidad para la mejor protección de los derechos del niño, del joven, del analfabeto, del consumidor y de la mujer**²⁵.

Artículo 28: Del derecho a informarse

Se reconoce el derecho de las personas a recibir información veraz, responsable y ecuánime. Las fuentes públicas de información son libres para todos. La ley regulará las modalidades, plazos y sanciones correspondientes a las mismas, a fin de que este derecho sea efectivo(...).

Artículo 33: Del derecho a la intimidad

La intimidad personal y familiar, así como el respeto a la vida privada son inviolables. La conducta de las personas, en tanto no afecte al orden público establecido en la ley o a los derechos de terceros, estará exenta de la autoridad pública.

Se garantiza el derecho a la protección de la intimidad, de la dignidad y de la imagen privada de las personas²⁶.

²⁵ El subrayado es nuestro.

²⁶ El subrayado es nuestro.

Artículo 54: De la protección del niño

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo integral²⁷, así como el ejercicio pleno de sus derechos, protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores.

Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente²⁸.

Artículo 56: De la juventud

Se promoverán las condiciones para la activa participación de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural del país.

Artículo 137: De la supremacía de la Constitución

La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo en el orden de prelación enunciado(...).

²⁷ El subrayado es nuestro.

²⁸ El subrayado es nuestro.

Tratados y Acuerdos Internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁹:

Artículo 8: Garantías judiciales

Inciso 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Artículo 11: Protección de la honra y de la dignidad

Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Artículo 13: Libertad de Pensamiento y de Expresión

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. *Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole. Sin consideración de fronteras, ya*

²⁹ Adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Entró en vigor el 18 de julio de 1978.

sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

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:

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

la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

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.

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

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

Artículo 19: Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Artículo 29: Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención que sea parte de uno de dichos Estados.
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros pactos internacionales de la misma naturaleza.

Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos

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

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁰

Artículo 14

“(…) La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, **o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes**³¹ o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, **excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario**³², en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”.

Inciso 4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

Artículo 24

Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, **a las medidas de protección que su**

³⁰ El subrayado es nuestro.

³¹ El subrayado es nuestro.

³² El subrayado es nuestro.

condición de menor requiere, tanto por parte de su familia, como de la sociedad y del Estado³³.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Artículo 10, inciso 3

Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación, o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y a los adolescentes contra la explotación económica y social (...).

Declaración Universal de los Derechos del Niño

Aprobada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1959. Cuenta con un preámbulo y 10 principios. En la parte introductoria señala que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.

Recuerda que la necesidad de la protección especial ha sido enunciada ya en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y reconocida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

³³ El subrayado es nuestro.

Insta a los padres, a los hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan los derechos especiales de los niños y luchan por su observancia con medidas legislativas y de otra índole adoptadas progresivamente en conformidad con los 10 principios que componen la Declaración.

Principio II

Plantea el concepto de *interés superior del niño*, como eje de la protección especial, oportunidades y servicios “*para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad*”.

Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)

Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989. Paraguay la ratificó en 1990, a través de la Ley N° 57/90. En el preámbulo señala que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales y que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia. Que debe ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones, es decir, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.

Reconoce que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que necesitan especial consideración, por lo que da particular importancia a la cooperación

internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños, en particular de los países en desarrollo.

La Convención sobre los Derechos del Niño no es meramente una reafirmación de los derechos del niño como persona humana, sino una especificación de estos derechos para las particulares circunstancias de la vida de la infancia y adolescencia.

Artículo 3

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el **interés superior del niño**.

En este punto conviene que hagamos un paréntesis para repasar algunas de las consideraciones especiales sobre **el interés superior del niño**:

Este artículo contempla el principio garantista por excelencia de la Convención sobre Derechos del Niño. Se entiende por tal la plena satisfacción de sus derechos, lo cual plantea: **Una limitación:** pone un límite a la discrecionalidad de las autoridades. **Una obligación:** implica para las autoridades públicas y personas privadas una consideración primordial hacia los niños, niñas y adolescentes en el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción de bienestar social o de bondad (compasión), sino porque los niños tienen derechos que deben ser respetados. **Una prescripción:** los niños tienen derecho a que antes de adoptarse alguna medida

con respecto a ellos, se consideren sobre todo aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen.

El principio “Interés superior del niño” ejerce además las funciones de:

Garantía: es un derecho que permite ejercer otros derechos.

Interpretación: permite la resolución de conflictos entre derechos en disputa. Es un requisito fundamental para poder resolver la primacía de un derecho sobre otro, que se pruebe en el caso concreto, la imposibilidad de satisfacción conjunta.

Integralidad y supletoriedad: permite interpretar sistemáticamente todas las disposiciones de la Convención sobre Derechos del Niño, reconociendo el carácter integral de los derechos contemplados en la misma.

Artículo 8.1

Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

Artículo 12

Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de

expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Artículo 13. 1

El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.

Artículo 14.1

Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

Artículo 16

Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

*El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques*³⁴.

Artículo 17

Los Estados Partes: e) Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18.

Artículo 34

Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir (...) c) la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

Artículo 40

Los Estados Partes garantizarán, en particular: 7. *Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento*³⁵.

Artículo 41

Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en a) el derecho de un Estado parte o b) el derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado”.

³⁴ El subrayado es nuestro.
³⁵ El subrayado es nuestro.

Otras Normas que refuerzan el principio de “interés superior del niño”

Según las **Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia de Menores (Reglas de Pekin)**³⁶, discutidas en el VII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente y asumidas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1985, debe protegerse especialmente el derecho a la intimidad para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudiquen a los menores. Se dispone que se respetará en todas las etapas del proceso el derecho de los menores a la intimidad. Se establece que, en principio, no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la identificación de un menor delincuente.

El **Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales**, elaborado en Roma el 4 de noviembre de 1950, tras proclamar en su artículo 6.1 que: *“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída públicamente”*, establece en el mismo artículo que: *“la sentencia deberá ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso...cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan”*. Y el **Consejo de Europa**, en su Recomendación 20 de 1987, al referirse a la Justicia de Menores, recuerda *“el derecho de los niños al respeto de su vida privada”*.

36 Amnistía Internacional. Juicios Justos. Manual de Amnistía Internacional. Edición A.I..Madrid, 1998.

Legislación interna

Código Procesal Penal³⁷

Artículo 368

El juicio será público. No obstante, el tribunal podrá resolver, aún de oficio, que se realice total o parcialmente en forma privada, solo cuando:

- 1) se afecte directamente el pudor, la vida privada, la integridad física de alguna de las partes, de alguna persona citada para participar o de los jueces.
- 2) peligre un secreto oficial, particular, comercial o industrial; y
- 3) *se examine a un menor, si el tribunal considera inconveniente la publicidad.*

Artículo 369. Prohibiciones para el acceso

No podrán ingresar a la sala de audiencias los menores de doce años, excepto cuando sean acompañados por un mayor de edad que responda por su conducta (...).

Código de la Niñez y la Adolescencia

Artículo 176. De las medidas cautelares de protección

Son consideradas medidas cautelares de protección:

³⁷ Ley 1286/98.

f) las demás medidas de protección establecidas por este Código, *que el juez considere necesarias en interés superior o para la seguridad del niño o adolescente*³⁸.

Artículo 236. De la reserva (sobre juzgamiento de un menor)

Las actuaciones administrativas y judiciales serán reservadas. No se expedirán certificaciones, ni constancias de las diligencias practicadas en el procedimiento, salvo las solicitadas por las partes de acuerdo con sus derechos legales.

*El juicio oral, incluso la publicación de las resoluciones no será público*³⁹. Serán admitidos, junto con las partes y sus representantes legales y convencionales, si correspondiese y, en su caso, el asesor de prueba y un representante de la entidad en la cual el adolescente se halle alojado. *Obrando razones especiales, el Juzgado Penal de la Adolescencia podrá admitir también otras personas*⁴⁰.

*Las personas que intervengan durante el procedimiento o asistan al juicio oral, guardarán reserva y discreción acerca de las investigaciones y actos realizados*⁴¹.

³⁸ Ley N° 1.680

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ *Ibíd.*

⁴¹ *Ibíd.*

Bibliografía

Amnistía Internacional. *Juicios Justos. Manual de Amnistía Internacional*. Edición A.I. Madrid, 1998.

Azurmendi Adarraga, Ana. *El derecho a la propia imagen. Su identidad y aproximación al derecho a la información*. Fundación Manuel Buendía y Universidad Iberoamericana, 1ª edición. Editorial Civitas, México, D.F., 1997.

Blázquez, Niceto. *Ética y Medios de comunicación*. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, 1994.

Corte Suprema de la Nación Argentina. Sentencia 622. XXXIII S/Medidas Precautorias, Bs. As., abril de 2001.

Gregorio G., Carlos. *Información, privacidad y derechos de los niños*. Documento preparado por el Instituto Interamericano del Niño para su discusión en el XVIII Congreso Panamericano del Niño, Bs. As., septiembre de 1995.

Guía del Mundo. *El mundo visto desde el Sur*. 12ª edición. Montevideo, Uruguay, 2001-2002.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Comisión de la Unión Europea. *Instrumentos Internacionales de Protección de los Derechos Humanos*. 2ª Edición. San José, Costa Rica, 1998.

Manzini. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, 1952, Tomo III, citado en el libro de Herrero-Tejedor, Fernando. *La intimidación como derecho fundamental*. Editorial Colex, 1ª Edición. Diputación Provincial de Castellón, 1998.

Marchena Gómez, Manuel. *La protección de la intimidad de los menores: perspectivas civil y penal*. Revista General del Derecho, N° 603, España.

O'callaghan, Xavier. *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*. Madrid, 1992.

Soria, Carlos. *El laberinto informativo*. Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1997.

12. Los derechos del niño frente a la libertad de expresión. La vigencia efectiva del interés superior del niño

*Irma Alfonso de Bogarín**

Introducción

Es evidente que todo análisis, estudio y eventual conclusión que gire en torno a los derechos del niño y la libertad de información -una de las maneras en que se desarrolla fácticamente la libertad expresión- conlleva en sí mismo a un posible conflicto de normas de similar jerarquía y que protegen valores jurídicos igualmente importantes.

Nuestro país, con errores y aciertos, se encuentra transitando los caminos de una renovación legislativa en diferentes órdenes. Así, los cambios en el derecho positivo, en la mayoría de los casos, han sido de carácter estructural y no meramente formal. En efecto,

* Abogada. Jueza de lo Titular y Correccional del Menor de la Circunscripción Judicial de Asunción. Encargada de la Cátedra de Derecho del Menor. Filiai Coronel Oviedo.

en el orden constitucional, el año 1992 nos brindó una nueva Ley Fundamental que incorporó importantes y trascendentales consagraciones en materia de principios, derechos y libertades. Esta reestructuración constitucional dejó en claro la nueva intención político-jurídica en lo concerniente al desarrollo y desenvolvimiento de la libertad de expresión, haciendo a un lado aquellas limitaciones a ese derecho que las leyes vigentes en el momento de la promulgación de la nueva Carta Magna contemplaban, por tanto, las mismas quedaron prácticamente como inexistentes.

Con ello, y con la ratificación en 1989 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Paraguay ingresó a los parámetros que, sobre el derecho a la libertad de expresión, se encuentran establecidos en el Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos, fortaleciendo de esta manera al régimen democrático, donde el pleno goce y ejercicio de la libertad de expresión constituyen una piedra angular para la construcción y desarrollo de la democracia¹.

Por su parte, el Derecho del Menor, en esta etapa que podríamos llamar de “adolescencia” en que se encuentra, camina por las sinuosas y delicadas vías de una dura problemática social. En efecto, los conflictos familiares, los reiterados atentados contra la integridad

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “La Última Tentación de Cristo”, (Olmedo Bustos y Otros vs. Chile), Sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 68. También, Corte Interamericana de Derechos Humanos, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas”, Opinión Consultiva OC-5/85, párrs. 69 y 70. También, Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, Principio 1, Capítulo II inciso B), Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2000, párrs. 7 y 8.

física, psíquica y sexual del menor, así como la acuciante coyuntura económica actual que obliga al menor a desempeñar actividades ajenas a su natural estadio de desarrollo, hacen que el sujeto tutelado por este derecho se convierta en un personaje particularmente vulnerable en la sociedad. Así, con más frecuencia se tiene conocimiento de delitos cuyas víctimas o victimarios son menores, y es evidente la interpocisión de un creciente número de acciones de impugnación de paternidad, de sucesiones cuyos sujetos con vocación hereditaria son niños y de procesos de adopción en los cuales se cuestiona el cumplimiento taxativo de los debidos recaudos legales, entre otros.

Es en esta coyuntura -y en relación directa con el tema objeto de este trabajo- donde el poder legislativo, intentando equilibrar los derechos de los niños y la libertad de expresión, incorpora normas eminentemente tuitivas, como podría ser la restricción a la publicidad en los procesos donde esté involucrado un menor.

La libertad de información: ¿es un derecho absoluto?

Nuestra Constitución Nacional, de manera precisa, consagra el derecho al acceso a la información y el libre ejercicio del periodismo en cualquiera de sus formas. Así, establece que las fuentes públicas de información son libres para todos, indicando que únicamente la ley puede regular las modalidades, plazos y sanciones

tendientes a garantizar la efectivización de este derecho².

En el ámbito del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos, la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre garantiza el derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio³. Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala, en el primer párrafo de su artículo trece⁴, y de manera concordante con la Constitución Nacional y la Declaración Americana, que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, estableciendo una directriz que apunta a determinar que este derecho tiene dos dimensiones, una individual consistente en el derecho de cada individuo a hablar, escribir y utilizar cualquier procedimiento para difundir su pensamiento u opinión; y una dimensión social o colectiva que comprende el derecho de *todos* de conocer opiniones y noticias que favorezcan la

² El artículo 28 de la Constitución Nacional de Paraguay señala, “Se reconoce el derecho de las personas a recibir información veraz, responsable y ecuánime. Las fuentes públicas de información son libres para todos. La ley regulará las modalidades, plazos y sanciones correspondientes a las mismas, con el fin de que este derecho sea efectivo. Toda persona afectada por la difusión de una información falsa, distorsionada o ambigua tiene derecho a exigir su rectificación o su aclaración por el mismo medio y en las mismas condiciones que haya sido divulgada, sin perjuicio de los demás derechos compensatorios”.

³ Art. IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: “Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio”.

⁴ El artículo 13 de la Convención Americana establece en su primer párrafo: “Libertad de pensamiento y de expresión: 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”.

comunicación masiva entre los seres humanos, enfatizando que estos dos aspectos en los que se manifiesta la libertad de expresión deben ser garantizados simultáneamente⁵.

Sin embargo, el propio artículo 13 del Pacto de San José, en su párrafo segundo⁶, establece limitaciones al disfrute de este derecho al señalar que, si bien el ejercicio de la libertad de expresión no puede ser objeto de censura previa⁷, sí puede ser origen de responsabilidades ulteriores con el fin de proteger a la comunidad de ciertas manifestaciones ofensivas y para prevenir el ejercicio abusivo de este derecho. En efecto, la Convención Americana es precisa al consagrar que el ejercicio abusivo o arbitrario de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivas, pero sí de una responsabilidad ulterior para quienes han actuado de esa manera⁸, estableciendo claramente, con ello, restricciones legítimas al ejercicio de este derecho⁹.

⁵ Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas”, párrs. 30 *in fine*, 31, 32 y 33. También Corte I.D.H. Casos “La Última Tentación de Cristo”, párrs. 64, 65, 66 y 67 y Caso “Ivcher Bronstein” (Baruch Ivcher Bronstein vs. Perú) sentencia de 6 de febrero de 2001, párrs. 146, 147, 148 y 149. CIDH, Informe 11/96 Caso 11.230 Chile (Martorell) párrs. 53 y 54.

⁶ “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 pública”.

⁷ Excepto cuando se trate de censura en espectáculos públicos para la protección moral de la infancia y de la adolescencia, según lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 13 de la Convención Americana.

⁸ Véase también CIDH, Informe 11/96, Caso 11.230 Chile (Martorell), párrs. 55, 56 y 58. También, Corte IDH, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas”, párrs. 37, 38, 39, 40, 54, 55 y 56. Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo”, párr. 70. También en “Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión”, principio 5, Capítulo II inciso B).

⁹ Corte IDH, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas”, párrs. 35, 36, 37 y 38.

No obstante, la misma Convención establece que estas responsabilidades ulteriores no pueden establecerse discrecionalmente, sino que es preciso que se reúnan ciertos elementos para que estas sean legítimas, como que estén establecidas en la ley y sean necesarias para asegurar los fines para los cuales fueron establecidas¹⁰. En tal sentido, la Corte Interamericana ha señalado que, para que tales responsabilidades puedan establecerse válidamente, tienen que reunirse varios requisitos, a saber:

- La existencia de causales de responsabilidades previamente establecidas.
- La definición expresa y taxativa en la ley de estas causales.
- La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas.
- Que esas causales de responsabilidad sean “necesarias para asegurar” los mencionados fines¹¹.

Se dispone, asimismo, que tales restricciones legítimas a la libertad de expresión deben apuntar, en general, a asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás y la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas¹².

De esta forma, se puede concluir que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, sino

¹⁰ Véase artículo 13.2 incisos a) y b) de la Convención Americana.

¹¹ Corte IDH. “La Colegiación Obligatoria de Periodistas”, párrs. 39 y 40.

¹² Artículo 13. 2. a y b de la Convención Americana. También, Corte IDH, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas”, párr. 35.

que permite restricciones a su disfrute en aras de proteger aquellos valores que la misma Convención establece como limitantes para su ejercicio, siempre que tales limitantes cumplan con los requisitos antes mencionados y *no restrinjan* el ejercicio de este derecho *en mayor medida* de lo estrictamente necesario con el fin de no lesionar la necesidad social del pleno goce de este derecho¹³.

La libertad de información frente a los derechos del niño

Como hemos podido ver con anterioridad, el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto; por otra parte, el derecho del menor procura tutelar y brindar protección especial a la niñez, debido a la vulnerabilidad que tiene.

En efecto, con referencia a esa necesidad de una mejor protección del derecho del menor, la Constitución Nacional consagra en el último párrafo de su artículo 47 que, ***“la ley regulará la publicidad para la mejor protección de los derechos del niño, del joven, del analfabeto, del consumidor y de la mujer”***¹⁴.

La misma Convención Americana dispone en su artículo 19 que, ***“todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”***.

¹³ Ver artículo 29.a y 30 de la Convención Americana en interpretación armónica con el artículo 13.2.a y b de la misma Convención. También, Corte IDH, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas”, párrs. 46 y 67.

¹⁴ El subrayado es nuestro.

Ello nos conduce a determinar si las restricciones al derecho a la libertad de expresión -en su vertiente de libertad de información- con respecto a situaciones en las cuales se comprometa “el mejor interés del niño”, son legítimas de acuerdo con los parámetros del sistema interamericano.

Es importante mencionar que no corresponde abordar este análisis como si se tratara de un conflicto de diferentes principios entre los que haya que escoger, ni mucho menos desde la perspectiva de tener que decidir que un derecho tiene mayor valor que otro y, por consiguiente, que uno de esos derechos sea “sacrificado” en aras del otro¹⁵. Tal aproximación podría ir contra el espíritu de las normas de interpretación que la misma Convención Americana ha establecido en relación con los derechos consagrados en ella, pues no debemos olvidar que nos encontramos ante la tarea de concatenar la aplicación legítima del derecho a la libertad de expresión (artículo 13) con los derechos del niño (artículo 19), ambos consagrados en la Convención Americana¹⁶.

Por ello, el análisis debe conducirse partiendo de la premisa de que la Convención Americana reconoce que pueden existir limitaciones cuando los distintos derechos consagrados en ella se hallan en conflicto¹⁷. En tal sentido, el propio párrafo segundo del artículo 13 de la Convención ayuda en tal discernimiento, al contemplar explícitamente ciertas restricciones

¹⁵ Véase CIDH, Informe 11/96 Caso 11.230 Chile (Martorell), párrs. 61 y 71. También Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Sunday Times, Sentencia de 26 de abril de 1979, Serie A No. 30, párr. 65.

¹⁶ Ver artículo 29, a) de la Convención Americana.

¹⁷ Véase CIDH, Informe 11/96 Caso 11.230 Chile (Martorell), párr. 62.

legítimas al derecho a la libertad de expresión¹⁸, como lo son el respeto a la reputación y el derecho de los demás o la protección a la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas.

En efecto, dentro de las restricciones a la libertad de expresión contempladas en el artículo 13.2 de la Convención, la referente a la “protección al orden público” sería la más viable para armonizar la vigencia y aplicabilidad conjunta de los derechos consagrados en los artículos 13 y 19 de la Convención Americana¹⁹.

En tal sentido, la Corte Interamericana ha señalado que al invocarse el orden público como fundamento para limitar los derechos humanos –en este caso el derecho humano a la libertad de expresión- este debe ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las “justas exigencias” de una “sociedad democrática” que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y debiendo estar orientado a satisfacer un interés público imperativo²⁰.

De esta forma, es claro que el “mejor interés del niño” es, sin lugar a dudas, un interés público imperativo que responde plenamente a las justas exigencias y los valores de una sociedad democrática, en esta, todo sector vulnerable debe obtener una mayor atención y tutela. La niñez merece la mayor de las protecciones y recaudos de la sociedad, por tratarse de uno de sus sectores más vulnerables. En efecto, es

¹⁸ Ver artículo 30 de la Convención Americana. También véase Corte IDH, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas”, párrs. 35, 36, 37 y 38.

¹⁹ Esto es, el derecho a la libertad de expresión y el “mejor interés del niño”, respectivamente.

²⁰ Véase, Corte IDH, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas”, párrs. 46 y 67.

indiscutible que el menor de edad requiere de mayores mecanismos de protección capaces de suplir su escasa capacidad de defensa ante aquellas situaciones que atenten contra su intimidad, como en el caso que se informe de manera falsa sobre él o se expanda información que potencialmente le pudiera ocasionar un descrédito social dañoso y discriminatorio. Es por tal motivo que la sociedad y el Estado tienen la obligación de velar por los intereses del niño en mayor medida y alcance que los del resto de la sociedad, pues un adulto se puede defender por sí mismo, mientras que se debe actuar por un niño aun cuando él no lo pida, como ocurre en la mayoría de los casos.

Con base en ello, las restricciones a la libertad de expresión fundamentadas en el mejor interés del niño, esto es, las derivadas de las medidas de protección al menor según el umbral del artículo 19 de la propia Convención, serían legítimas conforme al artículo 13.2 al ser aplicadas para proteger el orden público, tal y como ya fue señalado previamente y, por ende, compatibles con la Convención Americana. Sin embargo, y en aras de buscar “el equilibrio entre los distintos intereses en juego”, tales restricciones no deben implicar que se haga nugatorio el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Así, la Corte Interamericana ha señalado que las restricciones a uno de los derechos contemplados en la Convención deben tender a limitarlo en la menor escala posible y siempre de manera proporcional al interés que justifica tal restricción, señalando que “entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse

aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido”²¹.

En tal sentido, la normativa en Paraguay que brinda protección al niño contra injerencias arbitrarias o ilegales no pretende restringir la información sobre hechos, actos o situaciones que reflejen lo ocurrido, ni limita la utilización de información de los niños en situaciones normales de vida cotidiana. Esta normativa evita que acontecimientos susceptibles de agravar, injuriar o menoscabar al niño sean puestos en conocimiento de la opinión pública²². Por ello, se entiende que el juez de la niñez y de la adolescencia debe hacer respetar la vida privada del niño durante el proceso judicial, utilizando todos los remedios procesales a su alcance²³. Con certeza, se sostiene que el derecho de los menores a su intimidad, identidad y respeto de su privacidad en un mayor grado que el resto de la sociedad proviene, por un lado, de la dignidad intrínseca de la persona humana a que un menor de edad tiene derecho y, por otro, de un valor propio de una sociedad democrática que debe amparar al más débil.

²¹ *Ibidem*. Párr. 46.

²² Ley 1680/01 Código de la Niñez y la Adolescencia, Artículo 29 dispone: “*Queda prohibido publicar por la prensa escrita, radial, televisiva o por cualquier otro medio de comunicación, los nombres, las fotografías o los datos que permitan identificar al niño o adolescente, víctima o supuesto autor de hechos punibles. Los que infrinjan esta prohibición serán sancionados según las previsiones de la ley penal*”. Asimismo, el Artículo 25 de dicha ley señala que, “*El niño y el adolescente tienen derecho a estar protegidos contra toda forma de explotación y contra el desempeño de cualquier actividad que pueda ser peligrosa o entorpezca su educación, o sea nociva para su salud o para su desarrollo armónico e integral*”.

²³ Ver al respecto el numeral VII del artículo 40 de Convención sobre los Derechos del Niño.

A modo de ejemplo sobre tal protección en procesos jurisdiccionales contra un menor, podemos ver el párrafo primero *in fine* del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece: “(...)pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario(...)”.

De esta forma, para muchos autores es necesario restringir la publicidad de noticias que contengan los nombres y fotos de los menores, pues se apunta a protegerlos frente a la reacción que su conducta pueda provocar en la sociedad, principalmente en relación con las sanciones o estigmatizaciones sociales, morales o psicológicas que les podría aplicar la comunidad si conociera la relación que los une, ya como víctima o autor del hecho punible.

Es por ello que consideramos que las disposiciones restrictivas a la libertad de expresión que se coligen del Código de la Niñez y la Adolescencia de Paraguay no riñen con el derecho a la libertad de expresión consagrada tanto en la propia Constitución Nacional como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En efecto, como se ha podido ver, estas limitaciones se encuadran justamente dentro de las restricciones permitidas por la misma Convención y cumplen con los estándares jurisprudenciales del sistema interamericano existentes en la materia²⁴.

²⁴ Esto es, encuadran dentro de la restricción a la libertad de expresión que busca proteger el orden público, pues son de un interés público imperativo y se ciñen a las justas exigencias de una sociedad democrática, además que no limitan el ejercicio del derecho a la libertad de expresión de forma tal que hagan nugatorio su goce, al no restringirlo más de lo estrictamente necesario.

Conclusión

Un Estado social y democrático de derecho que sea coherente con sus valores, debe incorporar en su sistema normativo preceptos que protejan a los menores de edad frente a los abusos de los demás a través de los medios de comunicación, malformando así a la opinión pública en detrimento del sujeto que exige una tutela especial, como lo es el interés superior del niño y el adolescente.

Estas normas de ningún modo tienen por objeto censurar o desinformar a la sociedad, pretenden más bien asegurar y tornar posible el proceso de aprendizaje, desarrollo y evolución del menor, protegiéndolo integralmente con el fin de posibilitar las mejores condiciones para el desarrollo de su personalidad, así como garantizar su ingreso en la vida social en igualdad de condiciones morales, físicas y de consideración pública que los demás.

