



Diálogo
Jurisprudencial
Iberoamericano

Observatorio de Justicia Constitucional y Derechos Humanos

Informativo N° 2

Libertad de expresión



TABLA DE CONTENIDOS

I. PRESENTACIÓN.....	4
II. LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA CONSTITUCIÓN BASES PARA UNA DISCUSIÓN	5
III. LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN GUATEMALA. POR AYLÍN ORDÓÑEZ REYNA	12
IV. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DESDE LAS PERSPECTIVA CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONAL, POR GILBERT ARMIJO	31
V. DEBATE ABIERTO	51



Diálogo
Jurisprudencial
Iberoamericano

Observatorio de Justicia Constitucional y Derechos Humanos

Equipo Editorial

Director: *Claudio Nash Rojas*

Investigadoras:

Constanza Núñez

Camila Troncoso



**Konrad
Adenauer
Stiftung**

Esta publicación se ha realizado gracias al apoyo del programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer Stiftung.

I. PRESENTACIÓN

El informativo N°2 que tenemos el honor de presentar como parte del Observatorio de Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales de la Fundación Diálogo Jurisprudencial Iberoamericano (FDJI), tiene por objeto presentar trabajos académicos presentados en el contexto de la 7ª Reunión del Grupo de Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, realizada en San José, Costa Rica en junio de 2015, sobre la materia y que exponen los principales desafíos y nuevos temas que se desarrollan a partir de este derecho.

El primer trabajo de Aylin Ordóñez, sobre "*Libertad de expresión en Guatemala*" aborda el estado actual de la regulación constitucional y legal del derecho a la libertad de expresión en dicho país. Analiza, en este contexto, cómo a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha mejorado la garantía del derecho mediante la incorporación de los estándares fijados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pese a ello, llama la atención en torno a los desafíos pendientes en la materia, relacionados con el acceso a la información, la adecuación de la normativa a los estándares internacionales, la concentración de medios de comunicación, entre otros.

El segundo trabajo que se presenta es de Gilbert Armijo, sobre "*El derecho de acceso a la información pública desde la perspectiva convencional y constitucional*", trabajo que es un excepcional análisis de los estándares desarrollados a nivel nacional (Costa Rica) y en los sistemas interamericano y europeo de protección a los derechos humanos.

Además de la presentación de estos trabajos, buscamos con este informativo, exponer el marco general de regulación del derecho a la libertad de expresión en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) (a través de la presentación inicial del tema a cargo del Dr. Claudio Nash) y finalizar con preguntas abiertas a los/as lectores/as.

Como Observatorio, nos hemos planteado tener un diálogo permanente con las distintas instituciones vinculadas a los derechos humanos y actores académicos. Por ello, las preguntas planteadas hacia el final de este informativo, buscan llamar a la discusión acerca de los temas que ponen en tensión la garantía y efectividad de este derecho y que son los que actualmente están en debate en el ámbito latinoamericano.

II. LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA CONSTITUCIÓN¹ BASES PARA UNA DISCUSIÓN²

Uno de los primeros antecedentes sobre la protección de la libertad de expresión la encontramos en una antigua legislación Kazaka del S. XV. Estas normas permitían cortar la cabeza de una persona como sanción frente a un delito, pero se prohibía terminantemente cortar la lengua como forma de castigo.

Pasarán varios siglos y esta idea se verá reforzada. La Ilustración consagrará la protección de la libertad de pensamiento y de expresión como uno de los supuestos del acuerdo de vida asociativa. Quien mejor ha recogido dicho ideario es Voltaire quien graficó este principio en su conocida frase “estoy en complete desacuerdo con tus ideas, pero daría gustoso la vida con tal de defender tu derecho a expresarlas”. Es este mismo ideario el que inspira la primera enmienda de la Constitución norteamericana que consagra una protección robusta del derecho de libertad de expresión, prohibiendo que se dicte una ley que coarte dicho derecho.

En la historia reciente de los derechos humanos, es la Declaración Universal del año 48’ la que reconoce con mayor vigor la necesidad de la plena vigencia de este principio. Por una parte, en el preámbulo de la Declaración, se deja constancia que la libertad de pensamiento y expresión es una de las cuatro libertades cuya violación estuvo directamente vinculada con los actos de barbarie de los que fue testigo la humanidad durante la Segunda Guerra Mundial. Señala el preámbulo:

“Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias”.

Además, la Declaración Universal consagra un derecho autónomo a la libertad de expresión en los siguientes términos:

1 Doctor en Derecho (Universidad de Chile), Director de la Fundación Diálogo Jurisprudencial Iberoamericano.

2 Exposición realizada durante la apertura de la Jornada de reflexión triestamental: “Libertad de pensamiento y de expresión”, llevada a cabo en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, el 11 de noviembre de 2015. Se han realizado modificaciones para adaptar la presentación a este informativo.

“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”.

Los tratados internacionales adoptados con posterioridad a la Declaración Universal, también consagran el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Así lo hace el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 19 en términos tan amplio como “nadie será molestado a causa de sus opiniones” y también lo hace la Convención Americana sobre Derechos Humanos del año 1969, que al efecto señala:

“Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

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

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

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

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

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

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.”

Para los efectos de dotar de herramientas analíticas para la principales discusiones que se dan en este ámbito, me parece pertinente destacar tres dimensiones del derecho que estamos analizando, las que nos permiten poner en evidencia la importancia que este principio tiene en una sociedad democrática.

En primer lugar, es importante destacar la dimensión individual y colectiva que tiene la libertad de pensamiento y de expresión. La faceta individual dice relación con el derecho a expresar libremente el propio pensamiento bajo distintas formas y modalidades; la faceta colectiva, por su parte, está vinculada con el derecho de conocer libremente las distintas ideas que se expresan en una asociación de individuos libres. Como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-5/85:

“30. [...] Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”.

Una segunda dimensión, dice relación con que este derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, no solo tiene valor en cuanto derecho autónomo, sino que además es un derecho instrumental, esto es, un derecho que sirve para la garantía del pleno goce y ejercicio de otros derechos. En este sentido, es un derecho similar al de la protección judicial o el debido proceso.

Por último, una dimensión sobre la cual se ha llamado especialmente la atención en nuestra región, es el vínculo de la libertad de pensamiento y de expresión con la democracia. Tanto los órganos de protección de derechos humanos como la doctrina, han señalado permanentemente que la libertad de expresión es un pilar fundamental para la toma de decisiones colectivas. Es un supuesto para la deliberación democrática. Por su parte, la Corte Interamericana ha destacado este vínculo entre libertad de pensamiento y de expresión y la democracia en los siguientes términos:

“Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se comienzan a tornar inoperantes y, en definitiva, se crea el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad”. (*Caso Ricardo Canese* (2004), párr. 87; *Caso Herrera Ulloa* (2004), párr. 116).

El hecho de estar ante un derecho que tiene estas particularidades, esto es, estar ante un derecho de carácter complejo, tiene como consecuencia que se eleva el estándar de cumplimiento de las obligaciones que son propias de la protección nacional e internacional de los derechos humanos.

En efecto, la obligación de respeto debe permitir el libre intercambio de ideas y no censurar. Pero podríamos preguntarnos ¿Qué ideas son las que quedan comprendidas en esta obligación de respeto? La respuesta nos la da la Corte Europea de Derechos Humanos quien en uno de los pronunciamientos más citados, señaló el año 1998 que esta obligación:

"es aplicable, no sólo a la 'información' o 'ideas' que son recibidas favorablemente consideradas inofensivas o indiferentes, sino también a aquéllas que ofendían, perturbaban o distorsionaban; esa es una exigencia del pluralismo, de la tolerancia y de la amplitud de miras, sin lo cual no existe una 'sociedad democrática'". (Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso de Incal c. Turquía*, 1998, párr. 46)

En cuanto a la obligación de garantía, parafraseando a la Corte Interamericana, podríamos señalarlas instituciones públicas, tienen la obligación de organizar todo su trabajo de forma tal que se permita a sus miembros el pleno goce y ejercicio de la libertad de expresión. Esto implica la adopción de medidas generales de carácter preventivo; respecto de aquellos que vean amenazado su derecho a expresarse libremente, deben tomarse medidas para que sean debidamente protegidos; frente a cualquier acto que viole el libre ejercicio de este derecho, preocuparse que sea castigado; y reparar a aquellos que han vivido una situación de violación de su derecho a expresarse y a recibir la información de manera libre.

Por último, es importante que se adopten todas las medidas necesarias para que el goce y ejercicio de este derecho se haga en condiciones de igualdad y sin discriminación. En este sentido, es obligación de la autoridad evitar un trato diferenciado basado en ciertas condiciones que los individuos no pueden modificar o no es lícito solicitar que las modifiquen por parte de las autoridades, que tengan como efecto que se anule el ejercicio de este derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Asimismo, debe tenerse en cuenta que no pueden usarse los derechos humanos consagrados nacional o internacionalmente para limitar o restringir en forma desproporcionada el derecho de expresión. Sí podrán tomarse medidas para garantizar que quienes están en una situación de desigualdad en el acceso a los medios para difundir sus ideas, pueden hacerlo en

condiciones de igualdad, pero en ningún caso podrá usarse este argumento para acallar otras voces.

En el marco expuesto, la pregunta que aparece con claridad es si derecho con las características que tiene la libertad de expresión puede ser objeto de medidas que limiten su pleno ejercicio. Debemos decir, con toda claridad, que la libertad de expresión no es un derecho absoluto, esto es, puede ser objeto de medidas que lo limiten. Con la misma claridad, podemos sostener que no puede limitarse la libertad de pensamiento y de expresión a través de la censura previa, sino que solo proceden medidas de restricción como responsabilidades ulteriores, en la medida que concurren los requisitos para su legitimidad.

Esto se expresa con toda claridad el numeral 2 del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

"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."

9

En el *caso de la Última Tentación de Cristo vs. Chile* (2001), la Corte Interamericana señaló expresamente que la censura previa no era una forma de restricción legítima de los derechos humanos por estar prohibida por la Convención. En el caso *Palamara vs. Chile* (2005) la Corte fue más allá y señaló que censura previa era una forma de "violación radical" del derecho la libertad de expresión:

"68. [...] En tal hipótesis [censura previa], hay una violación radical tanto del derecho de cada persona a expresarse como del derecho de todos a estar bien informados, de modo que se afecta una de las condiciones básicas de una sociedad democrática".

A nadie debiera sorprender esta prohibición de la censura previa, ya que el efecto que tiene asociado una medida de este tipo, es anular el ejercicio del derecho, impidiendo de manera absoluta que la persona pueda expresar y recibir ideas. De esta forma, ya no estamos ante un límite legítimo sino que ante la imposibilidad de ejercer el derecho que lo desnaturaliza.

Como hemos dicho, lo que proceden, son medidas ulteriores. En efecto, quien hace uso de su derecho a la libertad de expresión, debe asumir las consecuencias que la expresión de sus ideas pueden traer aparejadas. Pero la autoridad no puede imponer estas responsabilidades ulteriores de manera discrecional, sino que debe cumplir con ciertos requisitos para legitimar una medida sancionatoria. Conforme al art. 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estas medidas debe ser "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."

Como lo han señalado los órganos de protección de derechos humanos a nivel comparado, para que una medida de restricción del derecho la libertad de expresión sea legítima debe cumplir cabalmente con el principio de legalidad, debe tener un objetivo legítimo y ser necesaria en una sociedad democrática. Esta necesidad en una sociedad democrática, aparte de contemplar la proporcionalidad de la medida, dice relación con la idea de que exista una necesidad imperiosa de establecer una medida de restricción que impida el pleno goce y ejercicio de un derecho humano.

En efecto, uno de los ámbitos en los cuales la legislación internacional y constitucional comparada establece la posibilidad de justificar un límite legítimo al derecho de pensamiento y expresión es en materia de discursos de odio. Esta materia está regulada en el numeral 5 del art. 13 de la CADH:

"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".

Estas medidas para ser legítimas, como ya sabemos, deben estar previstas en la ley y deben tener un objetivo legítimo. En nuestro sistema interamericano, así como Naciones Unidas y lo mismo en el derecho penal internacional, se ha vinculado esta restricción con la necesidad de evitar actos de violencia. Por tanto, en cada caso, será necesario determinar si las expresiones de odio están en condiciones de transformarse en actos de violencia en de forma real y efectiva.

En cuanto a las medidas que son legítimas de adoptar por parte de autoridad frente a estos discursos de odio, podemos señalar, que en esta materia no se altera la regla general, por lo que procede son responsabilidades posteriores a la expresión en los dichos

de odio y queda expresamente excluida la posibilidad de establecer alguna forma de censura previa en estos casos.

Atendida la importancia de este tema, el año 2001, los relatores de libertad de expresión de Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos así como de la OCDE, emitieron una declaración en la cual señalaron expresamente los criterios que debieran regir las legislaciones en material de restricción de los discursos de odio. En esta declaración establecieron que:

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

En atención a lo expuesto, se puede concluir que:

1. La libertad expresión es un derecho reconocido constitucional e internacionalmente.
2. Este derecho tiene una dimensión amplia que amerita una protección estricta (Respeto, garantía y no discriminación).
3. Este no es un derecho absoluto, pero su restricción debe cumplir requisitos mínimos que deben ser justificados.
4. No pueden imponerse medidas de censura previa, salvo la protección de niños y niñas en espectáculos públicos.
5. El discurso de odio es prohibido, pero en ningún caso, puede implicar censura previa.

III. LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN GUATEMALA. POR AYLÍN ORDÓÑEZ REYNA³

1. MARCO JURÍDICO

La Constitución Política de la República que actualmente rige al Estado de Guatemala, fue promulgada el 31 de mayo de 1985, y entró en vigencia, en su totalidad el 14 de enero de 1986, siendo una Constitución de corte altamente humanista⁴. El texto aprobado en 1985 se integra por 281 artículos y 22 disposiciones transitorias y finales⁵.

Su aprobación se produjo al finalizar una serie de gobiernos militares de carácter autoritario, frente al tránsito a un gobierno democrático. De ahí, el alto contenido en derechos humanos de su articulado y la posición jerárquicamente preponderante de éstos a lo largo del mismo.

Así, desde su preámbulo se señala: <<afirmando la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social; reconociendo a la familia como génesis primario y

3 Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona, Magíster en Derechos Humanos y Abogada y Notaria por la Universidad Rafael Landívar de Guatemala. Coordinadora de la Maestría de Derecho Constitucional de la citada casa de estudios. Coordinadora de Magistratura en la Corte de Constitucionalidad de Guatemala

4 Al respecto puede señalarse que según Jorge Mario GARCÍA LAGUARDIA debido a que la Constitución fue promulgada en el tránsito de un gobierno autoritario sumamente duro, a uno de carácter democrático, la obsesión por la garantía de los derechos humanos constituye su preocupación central, por lo que aparece desde el preámbulo, en el cual se establece dentro del espíritu constituyente el de <<impulsar la plena vigencia de los derechos humanos dentro de un orden institucional estable, permanente y popular, donde gobernantes y gobernados procedan con absoluto apego al derecho>>, lo que implicó una modificación de la estructura constitucional anterior, y sitúa como contenido de dos de sus primeros títulos los de <<La persona humana, fines y deberes del Estado>> y <<Los derechos humanos>> incluyendo además un título especial, el VI sobre <<Garantías constitucionales y defensa constitucional>> en el que se incluyen instituciones altamente novedosas para la época como un tribunal encargado de la defensa del orden constitucional el cual fue denominado <<Corte de Constitucionalidad>> y fue la primera Constitución en América Latina que reconoce la institución del *Ombudsman* con la suprema atribución de procurar la vigencia de los derechos humanos, reconocido con la denominación de <<Procurador de los Derechos Humanos>> Víd. GARCIA LAGUARDIA, J.M., *Política y Constitución en Guatemala, Historia Constitucional*, Procuraduría de Derechos Humanos, Guatemala, 1996, pp. 47 y 67-68.

5 Derivado de las reformas constitucionales aprobadas el 17 de noviembre de 1993 se introdujeron 5 disposiciones transitorias y finales dirigidas al período de finalización en el cargo de diferentes funcionarios públicos, derivado de un reclamo popular por el cambio de autoridades ante cuestionamientos dirigidos hacia quienes se desempeñaban en esos puestos.

fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad y, al Estado como responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz... decididos a impulsar la plena vigencia de los derechos humanos dentro de un orden institucional estable, permanente y popular, donde gobernados y gobernantes procedan con absoluto apego al derecho>>.

En la parte dogmática de la Constitución se encuentran reconocidos los derechos humanos de todos los habitantes del Estado, protegiéndose éstos en forma extensiva, según lo establecido en su articulado, al contener disposiciones de alto relieve como lo son la "cláusula abierta" establecida en el artículo 44, la cual prevé que los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros, que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. También se establece la primacía del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho interno al establecer en su artículo 44 que en materia de derechos humanos los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno⁶. De igual manera en derechos laborales se regula que su contenido es el mínimo, susceptible de ser superado a través de la contratación individual o colectiva.

Dentro de ese contexto se encuentra el artículo 35, en el cual se reconoce la "*Libertad de emisión del pensamiento*", constituyendo la norma más desarrollada dentro de las situadas en el capítulo de "Derechos individuales".

Inicia su primer párrafo indicando:

"Es libre la emisión del pensamiento por cualesquiera medios de difusión, sin censura ni licencia previa. Este derecho constitucional no podrá ser restringido por ley o disposición gubernamental alguna. Quien en uso de esta libertad faltare al respeto a la vida privada o a la moral, será responsable conforme a la ley. Quienes se creyeren ofendidos tienen derecho a la publicación de sus defensas, aclaraciones y rectificaciones".

En forma enfática se prevé la libertad de emisión del pensamiento "sin censura" "ni licencia previa", así como otros aspectos relevantes referentes a la no limitación por disposiciones gubernamentales y el derecho de rectificación. Continúa la norma

⁶ Dentro de las normas que ofrecen un reconocimiento más amplio a los derechos de los habitantes se encuentra el contenido del artículo 44 de la Constitución el cual prevé que <<Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana>>. Por otra parte el artículo 46 de la Constitución establece que en materia de derechos humanos los tratados y convenciones aceptados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno.



estableciendo lo referente a publicaciones que contengan denuncias, críticas o imputaciones contra funcionarios públicos, puntualizando que estas “no constituyen delito o falta”.

Prevé también la relacionada norma:

"No constituyen delito o falta las publicaciones que contengan denuncias, críticas o imputaciones contra funcionarios o empleados públicos por actos efectuados en el ejercicio de sus cargos. Los funcionarios y empleados públicos podrán exigir que un tribunal de honor, integrado en la forma que determine la ley, declare que la publicación que los afecta se basa en hechos inexactos o que los cargos que se les hacen son infundados. El fallo que reivindique al ofendido, deberá publicarse en el mismo medio de comunicación social donde apareció la imputación".

El texto de la norma relacionada continúa desarrollando otros aspectos como la **prohibición de: a)** expropiación de los medios de comunicación; **b)** de que por faltas a la emisión del pensamiento sean clausurados, embargados, intervenidos, confiscados o decomisados los talleres, equipos, maquinaria o empresas de los medios; **c)** de que se utilicen las concesiones otorgadas por el Estado como elementos de presión para limitar ese derecho.

Por otra parte, desarrolla este derecho la Ley de Emisión del Pensamiento, ley preconstitucional, que fue emitida durante la vigencia de la anterior Constitución de 1965, por medio del Decreto 9 de la Asamblea Nacional Constituyente, promulgado el veintiocho de abril de 1966. En su texto se reconoce también que *"es libre la emisión del pensamiento en cualquier forma, y no podrá exigirse en ningún caso, fianza o caución para el ejercicio de este derecho ni sujetarse a previa censura"*. Con relación a la libertad de información se establece que esta es *"irrestringida y los periodistas tendrán acceso a todas las fuentes de información"*.

La Ley de Emisión del Pensamiento expresa que nadie puede ser perseguido ni molestado por sus opiniones; pero serán responsables ante la ley quienes falten al respeto, a la vida privada, o a la moral o incurran en los delitos y faltas sancionados legalmente. Se regula también el *"juicio de jurados"* referente a delitos y faltas en la emisión del pensamiento. Así como el *"Tribunal de Honor"* respecto de denuncias formuladas por funcionarios públicos.

En el ámbito interno la Constitución y la Ley de Emisión del Pensamiento, son las disposiciones que garanticen la libertad de emisión del pensamiento e incluso en esta

última se prevén los mecanismos para dilucidar si se incurrió en faltas derivadas de la emisión del pensamiento.

Tomando en consideración que esta Ley constitucional data de 1966, y que se promulgó durante la vigencia de un texto constitucional diferente al actual, se hace necesario considerar su reforma a efecto de introducir elementos que posibiliten la protección y vigencia de la manera más eficaz, garantizando sólidamente el derecho y estableciendo sanciones para los actos de limitación de este. Respecto de este tema se pronunció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Cuarto Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Guatemala señalando: *"...También considera la Comisión conveniente adecuar la Ley de Libre Emisión del Pensamiento a los principios constitucionales guatemaltecos que señalan la privacidad y la moral como únicos límites a la libertad de expresión, criterio constitucional avanzado que es un ejemplo para la región..."*⁷

Una tercera norma posee gran importancia en lo referente al tema y es la "*Ley de Acceso a la información pública*"⁸ promulgada el 22 de octubre de dos mil ocho, y que en sus 72 artículos desarrolla lo referente a normas y procedimientos con el objeto de garantizar a toda persona, sin discriminación, el derecho de solicitar y tener acceso a la información pública en posesión de autoridades y sujetos obligados por la ley. Dentro de los obligados se mencionan a todas las personas públicas o privadas, individuales o jurídicas que manejen o administren información pública.

Dentro de los principios que inspiran esa ley se encuentra el de publicidad, transparencia, gratuidad y sencillez. Se regula información que de oficio debe establecerse en los portales de instituciones gubernamentales y establece la obligatoriedad de que en cada institución exista una Unidad de Información pública o un funcionario designado para cumplir con el mandato de la ley. Se establecen procedimientos y recursos a utilizar ante las decisiones en este tema. El Procurador de los Derechos Humanos supervisa el cumplimiento de esta ley⁹.

7 IV Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala, CIDH, 01 de junio de 1993, Cap. IX, Disponible en: www.cidh.org/countryrep/Guatemala93sp/cap.9.htm

8 Al respecto se establece en el objeto de esta Ley, entre otros, el garantizar a toda persona interesada, sin discriminación alguna, el derecho a solicitar y a tener acceso a la información pública en posesión de las autoridades y sujetos obligados en la ley; así como garantizar a toda persona individual el derecho a conocer y proteger los datos personales de lo que de ella conste en archivos estatales, así como de las actualizaciones de los mismos; además de garantizar la transparencia de la administración pública y de los sujetos obligados y el derecho de toda persona a tener acceso libre a la información pública. (Artículo 1º de la Ley).

9 Afirma el Procurador de los Derechos Humanos en su Informe Anual 2014 presentado al Congreso de la República, que de los sujetos obligados en rendirle informe respecto de las

Debe tenerse presente que en el ámbito nacional resultan aplicables los instrumentos internacionales de los cuales Guatemala es parte, y a ese respecto para la protección y vigencia de la libertad de expresión se menciona el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948¹⁰. El cual señala: *"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"*.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, al cual Guatemala se adhirió en mayo de 1992¹¹. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, la cual se ratificó por Guatemala en 1978, y el 9 de marzo de 1987 se presentó el Acuerdo por el cual se reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la Convención Americana el artículo 13 establece el reconocimiento de la "Libertad de Pensamiento y de Expresión" y ha sido interpretado ampliamente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es necesario señalar que la Corte de Constitucionalidad de Guatemala a partir de su sentencia de 17 de julio de 2012 dictada dentro del expediente 1822-2011, reconoció expresamente la existencia de un "bloque de constitucionalidad"¹² en el que los tratados

solicitudes recibidas y atendidas, este fue presentado por 596 sujetos obligados (142 más que en 2013), reportando las solicitudes recibidas del 1 de enero al 19 de septiembre de 2014. De estos, 272 sujetos obligados reportaron no haber recibido solicitudes. Del total de 1 mil 253 sujetos obligados, 657 no cumplieron con el envío del informe. *Vid.* Informe Anual Circunstanciado. Situación de los Derechos Humanos y Memoria de Labores, 2014, Disponible en: www.pdh.org.gt

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

11 Guatemala se adhirió en mayo de 1992. Decreto del Congreso de la República 9-92 de 19 de febrero 1992. *Vid.* Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, Guatemala. Disponible en: www.oj.gob.gt

12 Al respecto puede señalarse que la Corte de Constitucionalidad ha identificado como bloque de constitucionalidad: *"...al conjunto normativo que contiene principios o disposiciones materialmente constitucionales, tanto las contenidas expresamente en la Constitución como las que, aunque no residan directamente en esta sino en instrumentos de carácter internacional, desarrollan o complementan el catálogo de derechos fundamentales contenidos en aquella, con lo cual se garantiza, por un lado, la coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores del Estado y, por otro, la debida observancia de los derechos esenciales de sus habitantes [sentencia dictada dentro del expediente un mil ochocientos veintidós – dos mil once]. De esa suerte, así es dable esgrimir lo preceptuado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos como parámetro para establecer la legitimidad constitucional de una disposición infraconstitucional..."*

internacionales en materia de derechos humanos vendrían a formar parte de este, y como tales se consideran parámetro de constitucionalidad¹³.

En uno de los fallos más recientes de la citada Corte, se incluyó también **como parte del bloque de constitucionalidad la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**, con lo cual se ha reconocido expresamente que la interpretación que este Tribunal ha realizado en materia de protección de derechos humanos debe ser aplicada y respetada en el ámbito interno, ampliándose de esta manera la protección de los derechos humanos en el ámbito interno¹⁴.

Definitivamente el reconocimiento del bloque de constitucionalidad por parte de la jurisprudencia constitucional amplía la protección de los derechos humanos, pues aun cuando la Constitución en el ámbito interno no haya reconocido tan ampliamente un derecho, los instrumentos internacionales de la materia vendrán a formar parte del "bloque de constitucionalidad" así como la jurisprudencia de la Corte.

2. CONTEXTO NACIONAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN:

Puntualizado el marco jurídico anterior es preciso analizar la situación que atraviesa Guatemala con relación a la "Libertad de expresión". A ese respecto debe señalarse que esta enfrenta una serie de desafíos. Debe tenerse presente que la vigencia de la actual Constitución data de 1986, momento en el cual Guatemala iniciaba el tránsito hacia un sistema democrático después de haber estado gobernada por una serie de gobiernos autoritarios, además en medio de un conflicto armado interno que se presentaba entre el ejército y la guerrilla. Es decir, en una situación en la que aún no se tenía confianza en expresar libremente las opiniones y criterios sin que ello pudiera provocar una represalia.

Sentencia de 22 de noviembre de 2013, dictada dentro del expediente 1094-2013. Disponible en: www.cc.gob.gt

13 Es de mencionar que al haberse ya reiterado este criterio en más de tres fallos, a tenor de la normativa interna, este criterio reviste el carácter de jurisprudencia obligatoria. Dentro de estos fallos pueden mencionarse las sentencias de 6 de agosto de 2013, dictada en el expediente 143-2013; de 22 de noviembre de 2013, en el expediente 1094-2013 y de 19 de marzo de 2014, expediente 1552-2013. Disponibles en: www.cc.gob.gt

14 Al respecto se señaló que: "*lo que encontraba sustento en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de observancia obligatoria como parte del bloque de constitucionalidad...*" Sentencia de 3 de mayo de 2014 dictada dentro del expediente 2295-2012. Disponible en: www.cc.gob.gt



Durante los primeros gobiernos con la vigencia de la actual Constitución se presentaron situaciones tales como amenazas hacia la prensa, peticiones de funcionarios para que retiraran a reporteros de medios de comunicación; eliminación de propaganda del gobierno a diferentes medios, entre otras¹⁵.

Al respecto señaló la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Cuarto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala, de 01 de junio de 1993 que:

*"...Concluye la Comisión que pese a que existe en Guatemala legislación que garantiza la libertad de prensa y muchos órganos del Estado que luchan para defenderla, existe actualmente un clima de atemorización y ataques contra la misma, en que participan agentes del Estado, y que se agrava en sus efectos por la trágica experiencia y memoria de períodos anteriores. La Comisión reconoce la valiente actitud de los profesionales de la prensa, que se expresa por la amplitud de posiciones independientes, y aún críticas que expresa la prensa y los esfuerzos de muchas autoridades para mantenerla. Considera también que en este difícil momento de recuperación democrática guatemalteca, la existencia de una prensa independiente, responsable y profesional es requisito indispensable de la misma. Es igualmente indispensable que todos los agentes del Estado cumplan con su obligación de respetarla, hacerla respetar y brindar libre acceso a las fuentes de información, y que en caso de que existan abusos de la libertad de prensa los mismos sean limitados a través de los cursos legales existentes en la legislación guatemalteca..."*¹⁶

Durante los siguientes años de vigencia de la Constitución se mantienen situaciones como acciones intimidatorias dirigidas a medios de comunicación y periodistas, como consecuencia del ejercicio del derecho de libertad de expresión¹⁷.

Aunque se había iniciado una nueva etapa para Guatemala con los gobiernos democráticamente electos y un régimen constitucional en el que se encuentran reconocidos los derechos humanos de manera amplia, la situación en la realidad, mantiene actos de limitación a la libre emisión del pensamiento. Durante esa primera década de vigencia de la

15 Revista de la Asociación de Periodistas de Guatemala, número 76, Agosto de 2000, Libertad de expresión y seguridad ciudadana, en discusión, Guatemala, pág. 18.

16 Cuarto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala, 01 de junio de 1993, Capítulo IX, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: www.cidh.org/countryrep/Guatemala93sp/cap.9.htm

17 Esto se puntualiza así en el Informe por país de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del año 2003, "Justicia e inclusión social: Los desafíos de la Democracia en Guatemala, de 29 de diciembre de 2003. Parr. 395. Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/Guatemala2003sp/capitulo7.htm>

Constitución se mantiene la falta de confianza de expresarse libremente sin que ello le pueda generar consecuencias.

También puede señalarse que los periodistas han sido víctimas de agresiones, y según datos de la Sociedad Interamericana de Prensa, de 1987 a 2013, en Guatemala se registraron 26 asesinatos a periodistas, una cifra que coloca a Guatemala dentro de los cinco países con más asesinatos de periodistas en Latinoamérica. De enero a agosto de 2013, además tres fueron agredidos y cinco sufrieron amenazas e intimidaciones y a dos se les negó acceso a su cobertura¹⁸. Esta situación es sumamente preocupante ya que genera alta inseguridad en cuanto a expresarse libremente.

Se han exigido acciones al gobierno proteger a la prensa de agresiones a su integridad, y dentro los avances puede mencionarse que se ha creado un “Programa de Protección de Periodistas en Guatemala” el que surge a efecto de promover la seguridad de los periodistas y combatir la impunidad. En este participan diferentes entes gubernamentales como el Ministro de Gobernación, el Ministerio Público, Procurador de los Derechos Humanos, además del acompañamiento como testigos de honor de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencias y la Cultura, -UNESCO-, el cual aun es de muy reciente creación, pero se espera contribuya a promover la seguridad de los integrantes de la prensa.

Dentro de los aspectos favorables que se han producido en temas legislativos, en los últimos años se encuentra el referente a la expulsión del ordenamiento jurídico de las normas que tipifican el delito de desacato, derivado de la declaratoria con lugar de la inconstitucionalidad promovida contra los artículos 411, 412 y 413 del Código Penal los cuales establecían sanción por desacato en contra de los presidentes de los Organismos del Estado y contra la autoridad, lo que sucedió en sentencia de 1 de febrero de dos mil seis, dictada por la Corte de Constitucionalidad, la que se comentará más adelante al analizar fallos con relación al tema de estudio. Además se emitió la Ley de Acceso a la Información Pública en 2008, creando procedimientos para la obtención de la información en instituciones estatales.

Sin embargo, la situación actual de la libertad de expresión continúa afrontando una serie de obstáculos, así durante los tres años y medio del presente gobierno, a pesar de haberse eliminado del ordenamiento jurídico los artículos que tipificaban el delito de desacato, varios funcionarios públicos iniciaron procesos penales contra periodistas derivado de las noticias que ellos publicaron relacionados con actuaciones de los citados funcionarios.

18 Programa de protección a periodistas en Guatemala, en Oficina de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura –UNESCO- en Guatemala, Disponible en: www.unesco Guatemala.org/comunicacion-e-informacion/libertad-de-expresion/programa-de-proteccion-a-periodistas-en-guatemala

Dentro de los casos de mayor realce que puede mencionarse la querrela presentada por el Presidente de la República Otto Pérez Molina y la entonces, Vicepresidenta Roxana Baldetti Elías, presentaron el 21 de noviembre de 2014 una querrela contra el Director del medio de comunicación “El Periódico”, por los delitos de coacción, extorsión, chantaje, violación a la Constitución y “desacato a los Presidentes de los Organismos del Estado”¹⁹, este último delito no se encuentra vigente, en virtud de haber sido declarado inconstitucional por la Corte de Constitucionalidad, en 2006. Sin embargo el Juez admitió la querrela e incluso decretó medidas cautelares de arraigo del periodista. Se produjeron serias críticas por parte de diferentes sectores de la población, cuestionando que por la vía penal se hicieran las denuncias por la supuesta comisión de faltas en ejercicio de la libertad del pensamiento, lo que debería dilucidarse por los procedimientos previstos en la ley de la materia. Los querellantes desistieron del proceso instado.

De igual manera se produjo una denuncia contra el relacionado periodista, también por parte de la Vicepresidenta de la República, a finales del año 2013, esta vez amparado en la Ley contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, reprochándole el delito de violencia contra la mujer en el subtipo de misoginia, aduciendo que ella había sido objeto de esta violencia debido a las publicaciones efectuadas en su contra, lo que evidenciaban el odio y desprecio hacia ella por parte del autor de las publicaciones. La querrela se admitió y se decretaron medidas cautelares en su contra, prohibiéndole, entre otras cuestiones que “perturbe o intimide a la querellante”. La Corte de Constitucionalidad otorgó un amparo provisional a José Rubén Zamora Marroquín suspendiendo las decisiones cuestionadas, en febrero 2014²⁰.

Las acciones penales no fueron planteadas únicamente por el Presidente y Vicepresidenta de la República, sino que también otros funcionarios públicos han entablado querrelas y denuncias contra periodistas, derivadas de la publicación de noticias y reportajes en medios de comunicación, habiéndose reiterado ese actuar en los últimos dos años²¹

19 Centro de Reportes Informativos sobre Guatemala, CERIGUA, Repudio por denuncia y arraigo contra José Rubén Zamora, nota de 9 de enero de 2014. Disponible en: <http://cerigua.org/article/repudio-por-denuncia-y-arraigo-contra-jose-ruben-z/>

20 Auto de 25 de febrero de 2014 de la Corte de Constitucionalidad, dictado dentro del expediente 787-2014. Disponible en: <http://www.cc.gob.gt/DocumentosCC/ResolucionesIntPub/787-2014.pdf>

21 En ese sentido el titular del seguro social, Instituto Guatemalteco de Seguridad Social presentó más de 30 denuncias contra diferentes periodistas por presuntos delitos de difamación, instigación a la violencia, incitación pública y sedición entre otros. También el ex Director del Hospital Roosevelt, por publicaciones relacionadas con actos que ejecutó en ejercicio del cargo relacionado presentó una querrela contra José Rubén Zamora Marroquín. Víd. Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Volumen II, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2014, par. 566.

Es necesario mencionar que no solo funcionarios públicos han iniciado procesos ante los Tribunales sino también puede mencionarse el caso de la periodista Francisca Gómez Grijalva, quien publicó en el Diario Prensa Libre, la columna titulada ¿Agua o cemento? Refiriéndose a las necesidades de las comunidades de San Juan Sacatepéquez frente a la empresa cementera. Con relación a su columna fue citada a declarar ante un Tribunal para que realizara una declaración jurada de su columna, petición a la que se le dio trámite, habiendo solicitado un amparo, la periodista, el cual le fue concedido provisionalmente el 23 de febrero de 2014²².

Por otra parte, puede señalarse que se mantienen políticas de limitación de la publicidad oficial a medios de comunicación críticos a los sectores gubernamentales lo que ocasiona fuerte impacto en estos, lo que es utilizado como un sistema de presión.

Por otra parte, se ha señalado por la prensa la existencia de espionaje en medios independientes, habiéndose producido un caso muy relevante al respecto, y fue el referente a que, la entonces Vicepresidenta de Guatemala, Roxana Baldetti Elías, dio a conocer dos páginas que serían publicadas al día siguiente en el diario “El Periódico”, y brindó una serie de explicaciones de lo que en ellas se le reprochaba, referente al incremento de su patrimonio. Esto provocó la presentación de denuncias por parte del Director del medio de comunicación, las que son investigadas por el Ministerio Público.

Otro tema complejo es lo relativo a la existencia de un monopolio en los medios de comunicación, derivado de que los cuatro canales de comunicación abierta y varias radiodifusoras pertenecen a la misma persona. La CIDH ha afirmado reiteradamente que la existencia de estas prácticas en los medios de comunicación afectan seriamente la libertad de expresión y el derecho de información de los habitantes de un Estado, y no son compatibles con el libre ejercicio del derecho a la libertad de expresión en una sociedad democrática²³.

Es necesario mencionar que otro tema pendiente es el referente a la emisión de una ley en la cual se regule lo referente a la concesión de frecuencias comunitarias²⁴, y que además se garantice la concesión de frecuencias radioeléctricas sin discriminación y sin basarse en

22 Al finalizar mayo de 2015, aún se encuentra pendiente de que se dicte la sentencia de la Corte de Constitucionalidad para que se decida el caso en definitiva.

23 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informes por país, Guatemala 2003, “Justicia e inclusión social: Los desafíos de la democracia en Guatemala, 2003, par. 415.

24 Al respecto se ha recomendado a Guatemala por la CIDH la necesidad de un marco jurídico más justo e incluyente para la radiodifusión y la descriminalización de la radiodifusión sin licencia. Al respecto la Relatoría Especial ha señalado que la utilización del derecho penal para sancionar violaciones del régimen de radiodifusión puede resultar problemática a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En ese sentido, la CIDH recuerda que el establecimiento de sanciones de tipo criminal por conductas relacionadas con el ejercicio irregular o no autorizado de la radiodifusión comercial o comunitaria, resultaría desproporcionado.

criterios económicos. Puede mencionarse que la Corte de Constitucionalidad en sentencia de 14 de marzo de 2012 exhortó al Congreso de la República a diseñar ese marco legal especializado, lo que a la fecha no se ha realizado.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Habiéndose apreciado la situación normativa, frente al contexto nacional en el que se encuentra Guatemala, resulta de suma importancia el estudio jurisprudencial a efecto de determinar la protección que efectivamente se ha logrado ante la judicatura ante denuncias de violaciones al derecho de libertad de expresión o al cuestionar normas generales a las que se les reprocha lesión a este.

3.1 Expulsión del ordenamiento jurídico del delito de desacato

Al respecto puede señalarse que una sentencia de gran valía en este tema es la referente a la eliminación del delito de desacato de la legislación guatemalteca. Con relación a ello debe mencionarse que el Código Penal guatemalteco data de 1973, siendo una norma preconstitucional, en cuyos artículos 411, 412 y 413 se tipificaba como delitos el desacato a Presidentes de los Organismos de Estado, a la autoridad y se admitía la prueba de la veracidad de la información. El 01 de febrero de 2005 se resolvió el planteamiento de inconstitucionalidad instado por el abogado Mario Fuentes Destarac cuestionando esas normas por violentar el artículo 35 de la Ley suprema. En esta sentencia se reafirman los alcances de la libertad de pensamiento y expresión establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva OC-5/85, se citaron diferentes normas internacionales y se declaró la inconstitucionalidad de estas disposiciones eliminándolas del ordenamiento jurídico.

Dentro de las consideraciones pueden citarse:

"...El derecho a la libre expresión del pensamiento es de aquellos derechos que posibilitan el respeto a la dignidad de una persona, al permitirse a ésta la traducción libre de sus ideas y pensamientos en expresiones que puedan generar juicios de valor y posterior toma de decisiones, no sólo individuales sino también grupales, dentro de una sociedad democrática... las leyes que mediante la regulación de tipos y sanciones penales propendan a una protección indebida e irrazonable a un funcionario e impidan con ello el escrutinio público de su labor pública (auditoría Social), atentan contra el derecho a la libre expresión del pensamiento y, por ende, afrentan al propio régimen democrático..."

Se afirmó además que:



"...por previsión expresa del segundo párrafo del artículo 35 de la Constitución Política de la República de Guatemala, debe precisarse que la responsabilidad que pudiera imputarse a una persona por haber realizado una crítica, señalamiento o imputación que pueda ser considerada como infamante por parte de un funcionario público, debe ser de tipo civil. Para la determinación de responsabilidad en el caso de quienes ejercen la labor periodística, debe interpretarse restrictivamente lo regulado en el tercer párrafo del artículo 35 constitucional, en el entendido de que el juzgamiento y posterior decisión a que se hace referencia el citado artículo, es el contemplado en el capítulo VII de la Ley de Emisión del Pensamiento, cuyo agotamiento debe imperativamente concurrir de manera previa a la adopción de una decisión declaratoria de responsabilidad..."²⁵

Definitivamente la despenalización de las críticas vertidas hacia funcionarios es un gran avance respecto de la protección de la libertad de expresión pues definitivamente se creaba una limitante al tipificar como delictivos, hechos que pudieran atribuirse a un funcionario público en una columna de opinión o reportaje periodístico. Además de la importancia que reviste el fallo al recoger doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe resaltarse que se puntualiza que el juzgamiento y decisión a que se refiere la Constitución, relacionadas con publicación respecto de funcionarios públicos, es el procedimiento establecido en la Ley de Emisión del Pensamiento referente a la constitución de un Tribunal de Honor y no un procedimiento penal.

A pesar de haber sido declarada inconstitucional la citada normativa desde el año 2005, en 2014 se promovieron sendos procesos penales por el Presidente de la República Otto Pérez Molina y la entonces Vicepresidenta, Ingrid Roxana Baldetti, contra el periodista José Rubén Zamora Marroquín, fundamentándose entre otros en el delito de "desacato", actuar que fue ampliamente criticado no solo por no utilizar los procedimientos previstos en la Ley de Emisión del Pensamiento, sino además por fundamentarse en una norma no vigente por haber sido declarada inconstitucional. Los relacionados funcionarios con posterioridad a ello desistieron de la acción intentada.

3.2 Inconstitucionalidad de normas que obligaban a realizar cadenas de radio y televisión por indicación del gobierno

El 26 de agosto de 2004 se dictó sentencia por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en la que declaró la inconstitucionalidad del artículo 32 de la Ley de Radiocomunicaciones y 9

25 Sentencia de 01 de febrero de 2006, dictada dentro del expediente 1122-2005 de la Corte de Constitucionalidad. Disponible en: www.cc.gob.gt

de la Ley Reguladora del Uso y captación de señales vía satélite y su distribución por cable²⁶. En la primera se establecía la obligación de concesionarios de radio y televisión de “encadenar” su emisora a la estación piloto que designara la Dirección General de Radio y Televisión cuando se transmitieran informaciones de trascendencia para la Nación, así como colaborar ordinariamente con un tiempo mínimo cedido sin costo al Gobierno. En la segunda disposición se imponía a los concesionarios de canales de televisión abierta, la suspensión de su retransmisión mientras durara la cadena nacional, además de incluir dos estaciones de televisión nacional.

La sentencia de la Corte acogió la inconstitucionalidad de esas normas por considerar que contenían una limitación al derecho constitucional de informar y ser informado establecido en el artículo 35 de la Constitución y de recibir información de manera voluntaria.

Las consideraciones que se formulan al respecto son muy concretas en cuanto a estimar las normas constitucionales que se estiman lesionadas y con ello se eliminó esa facultad del gobierno de llamar a enlazarse en “cadenas nacionales” a los canales de televisión y frecuencias radiales. En Guatemala durante los gobiernos autoritarios, antes de la vigencia de la actual Constitución, y también durante los primeros años de esta, eran frecuentes los llamados a cadenas nacionales de radio y televisión, espacios en los cuales las autoridades de turno exponían temas, en ocasiones en forma extensa, y daban a conocer decisiones políticas, imponiéndose los horarios y extensión, los que frecuentemente se imponían en los horarios de mayor audiencia y efectivamente lesionándose la libertad de elección en cuanto al derecho de ser informado.

3.3 Inconstitucionalidad de la norma que tipificaba como delictiva las publicaciones y espectáculos obscenos.

El Código Penal, el que data de 1973, en su artículo 196 tipificaba, entre otras cuestiones, como delito el de “Publicaciones y espectáculos obscenos”, que se cometía al difundir, publicar o fabricar libros, imágenes o gráficos que pudieran considerarse pornográficos u obscenos, y que en todo caso la exhibición quedaría sujeta a autorización del Ministerio de Cultura y Deportes, lo que se estimaba lesivo de la libertad de emisión del pensamiento y constitutivo de una censura o licencia previa lo que está prohibido por la Constitución.

Si bien en ese momento, no se fundamentó el fallo en instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, ni se utilizaron como parámetro de constitucionalidad - el fallo, expresamente los excluyen como tal-, la inconstitucionalidad fue acogida conforme a la

26 Sentencia de 26 de agosto de 2004 dictada dentro del expediente 62-2004 de la Corte de Constitucionalidad. Disponible en: www.cc.gob.gt

Constitución y a la Ley de Emisión del Pensamiento, al estimarse la existencia de una reserva de ley para que esta última desarrollara lo referente a la emisión del pensamiento. Por tal razón, el veintinueve de mayo de dos mil tres²⁷, se acogió la impugnación y se expulsó la norma del ordenamiento jurídico.

Tal decisión es valiosa, pues efectivamente se constituía una censura previa al someter la publicación de espectáculos públicos a una oficina gubernamental que diera su parecer para poder ser publicado, y en caso de estimarlos inadecuados o contrarios a la moral, que aquéllos a quienes se les imputara responsabilidad pudieran ser procesados penalmente. Lamentablemente en esa sentencia se excluyen los instrumentos internacionales como parámetro de constitucionalidad lo que hubiera dado un mayor sustento a la decisión asumida, pero esta acogió el planteamiento y como tal expulsó la disposición normativa del ordenamiento jurídico.

3.4 Colegiación profesional obligatoria

Con relación a este tema, en el año 2002 se promovió una inconstitucionalidad contra la Ley de Colegiación Profesional Obligatoria, entre otros aspectos cuestionando que, esta regulaba que debían colegiarse *"todos los profesionales egresados de las distintas universidades debidamente autorizadas para funcionar en el país, y que hubieren obtenido el título o títulos por lo menos de licenciatura..."* lo que contrariaba la disposición contenida en el artículo 35 constitucional que señala que para ejercer la profesión de periodista no se requiere de colegiación.

Si bien, la norma no fue declarada inconstitucional se puntualizó un aspecto de interés en protección de la no colegiación de los periodistas, el cual señala:

*"...esta Corte cumpliendo su función esencial que es la defensa del orden Constitucional establece que tal obligatoriedad –de colegiación- no alcanza a: a) quienes ejercen una profesión universitaria a nivel técnico y que por tanto no ostentan el grado de licenciados; b) las profesiones **cuya actividad se basa en el atributo humano de pensar y de difundir las ideas** ya que dicho atributo, de conformidad con los criterios **ius naturalistas**, presupone al derecho y, siendo una manifestación de la libertad, no es consecuencia del mismo..."*²⁸

27 Sentencia de 29 de mayo de 2003 dictada dentro del expediente 1021-2002 de la Corte de Constitucionalidad. Disponible en: www.cc.gob.gt

28 Sentencia de 12 de junio de 2002, dictada dentro del expediente 1892-2001. Disponible en: www.cc.gob.gt

Habría sido interesante un desarrollo más amplio del tema para puntualizar en forma contundente que la imposición de una colegiación profesional de periodistas era limitante para el ejercicio de esa labor, y traer al ámbito nacional lo indicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC 5/85. Aun cuando de manera breve, pero se excluyó de la obligación de colegiarse a las profesiones que se basan en el atributo de pensar o difundir ideas con lo que se entiende a los periodistas.

Años después, se presentó de nuevo una situación en la que se analiza el tema. Esto derivó de un proceso penal promovido por el entonces Vicepresidente de la República, José Rafael Espada, contra una periodista quien en una columna de su autoría publicó una serie de argumentos y opiniones del citado funcionario, lo que a juicio de este, eran señalamientos injuriosos y calumniosos por lo que inició proceso penal en su contra.

Sin embargo este no fue admitido, porque a criterio del Tribunal penal, derivando el asunto de una publicación en prensa, esto debía dilucidarse por las vías previstas en la Ley de Emisión del Pensamiento.

Ante tal decisión instó un recurso alegando que la denunciada no aparecía en los registros del Colegio Profesional de Humanidades, por lo que al no tener la calidad de colegiada activa no poseía la calidad de periodista.

El Tribunal penal reafirmó su decisión de inadmitir la querrela, porque derivando los cuestionamientos de una publicación en prensa, el asunto debía tramitarse según los procedimientos previstos en la Ley de la materia, además que *"la libertad de emisión del pensamiento por ser un derecho inherente a la persona no requiere para su ejercicio poseer un grado académico en periodismo"*. Por tal motivo ratificó su decisión de rechazar la acción penal instada.

Este actuar se cuestionó en amparo, el que se decidió por la Corte de Constitucionalidad, la que consideró acorde a derecho el razonamiento vertido en el caso concreto, y por ende se denegó la protección requerida por el entonces Vicepresidente de la República²⁹.

De nueva cuenta se reafirma que el ejercicio de la labor periodística no requiere de colegiación o grado académico para su ejercicio, aunque de igual manera con una breve puntualización del tema, sentencia en la que habiendo surgido de nueva cuenta el tema, habría sido el momento propicio para traer a cuenta la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC 05/85 y ampliar el tema de manera contundente.

29 Sentencia de 24 de agosto de 2010 dictada dentro del expediente 863-2010.

3.5 Comercialización de datos de particulares

En Guatemala se presentó la situación de que algunas empresas mercantiles iniciaron a recolectar datos de particulares en los cuales incluían la información crediticia, comercial, judicial, mercantil, de prensa de las personas, y comercializaban estos datos, creando bases y sistemas informáticos en los cuales podían consultar, quienes se suscribieran por pagos periódicos, pero los particulares que aparecían en la red no contaban con el derecho de conocer lo que de ellos figuraban en las redes, ni la posibilidad de pedir que se actualizaran o excluyeran sus datos.

De esas esas empresas existían, sin supervisión, y sin que se tuviera acceso por quienes aparecían en estas bases de datos siendo comercializados sus datos.

A partir del año 2006 se presentaron amparos individuales por quienes resultaban afectados por estos hechos, ya que en ocasiones al solicitar un empleo o requerir un crédito, este les era negado indicándoseles que contaban con información de ellos que no les permitía que fueran calificados favorablemente. En las acciones individuales de amparo se reconoció el derecho a la autodeterminación informativa como un derecho humano, debiéndose posibilitar la actualización de datos, rectificación, confidencialidad de otros, o exclusión de los sensibles. Además se puntualizó que no existiendo una ley que protegiera los datos de los particulares por parte de empresas particulares, por medio de la garantía constitucional de amparo podía lograrse esta, en los casos concretos, se ordenó la exclusión de la información del reclamante³⁰. Con posterioridad, los años siguientes se continuaron presentando acciones individuales por personas afectadas, a quienes se les otorgó el amparo y se ordenaba la exclusión de la información de los amparistas de esas bases de datos. Sin embargo, el Procurador de los Derechos Humanos adujo que solo en el año 2012, recibió el planteamiento de 259 quejas por ese tema, lo que habría implicado la presentación de igual número de amparos en defensa de los afectados, decidió promover un amparo en defensa de los derechos difusos de la población, contra esas empresas atacando la "actividad sistemática e ininterrumpida desarrollada por las empresas mercantiles que se manera ilegítima e indiscriminada recaban datos personales de la población" en los que se consigna su récord crediticio, judicial, mercantil y de prensa sin consentimiento de los titulares de la información, comercializando y divulgando esa información.

30 Uno de los primeros casos que se conoció en amparo y decidió fue por medio del amparo 1356-2006, en el que se dictó sentencia el 11 de octubre de 2006 y en forma amplia se reconoció la autodeterminación informativa, integrando normativa internacional por medio de la cláusula abierta contenida en el artículo 44 Constitucional.

La protección se otorgó por un tribunal de primera instancia y apelada fue confirmada por la Corte de Constitucionalidad, en sentencia de 10 de febrero de 2015³¹. En las sentencias tanto de primera como de segunda instancia se realiza un reconocimiento expreso del derecho a la autodeterminación informativa, como un derecho humano, además se prevé que mientras no exista regulación para la regulación de datos personales, creación e bases de datos y su divulgación, la comercialización que de estos se realice debe ser proporcionada voluntariamente y garantizándose al titular los derechos de actualización, rectificación, confidencialidad y exclusión.

Esta sentencia es un importante avance en la protección de datos personales frente a empresas particulares que se han dedicado a la comercialización de datos de particulares, frente a quienes no existe una norma ordinaria que establezca una protección específica. Sin embargo, en este amparo, se ordena que cese esa comercialización de datos.

Definitivamente se evidencia la necesidad urgente que exista una ley que regule y desarrolle lo referente a la protección de datos frente a particulares, pues situaciones como la antes mencionada han ocasionado graves daños al no permitirse a quienes figuran en las bases de datos conocer la información que de cada uno consta y gozar de los derechos que implica la autodeterminación informativa. Si bien se creó una ley de acceso a la información su ámbito de aplicación y protección se refiere a la lo que consta en registros públicos, encontrándose pendiente de regular lo que consta en archivos de carácter privado, siendo necesaria su regulación.

Reflexiones finales:

En Guatemala la libertad de emisión del pensamiento se encuentra reconocida tanto dentro del texto constitucional como en una ley constitucional y además por medio de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, de los cuales Guatemala forma parte. Un aspecto relevante para garantizar esa protección lo constituye el hecho de que en fallos recientes de la Corte de Constitucionalidad se han considerado a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos como parte del bloque de constitucionalidad, y una sentencia de 2014, se ha incluido dentro de este la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con lo cual la protección de este derecho se ve ampliada con la normativa internacional y con su interpretación contenida en los fallos de la Corte Interamericana.

Es un avance el que se haya emitido una Ley de Acceso a la información pública, en la cual se viabilizan procedimientos para garantizar ese acceso, así como la obligación de

31 Sentencia de 10 de febrero de 2015 dictada dentro del expediente 3552-2014.

toda entidad pública o institución que maneje recursos públicos de designar a los funcionarios u oficinas que se encargarán de brindar la información que les sea requerida. Si bien se regula un “hábeas data” dentro de esa ley, este no funciona como una garantía constitucional, sino que establece obligaciones para los sujetos responsables, y desarrolla procedimientos administrativos y recursos de esa naturaleza, siendo por vía del amparo que se ha reclamado, en lo jurisdiccional, la protección de datos, cuando en lo administrativo se presentan violaciones a este derecho.

Ahora bien, la situación en Guatemala con relación a la libertad de expresión aún es compleja por presentarse situaciones que siguen generando restricciones y limitaciones. Como se indicó, se observa que frente a críticas de prensa hacia funcionarios públicos se inician procesos penales y civiles, obviando acudir a los procedimientos especializados previstos en la Ley de Emisión del Pensamiento, cuando esta es clara al prever la forma de dilucidar las situaciones que deriven de publicaciones de prensa. Incluso, dentro de procesos seguidos contra periodistas se han dictado medidas cautelares, aun cuando la denuncia derivó de una publicación en prensa y sin haber seguido el procedimiento previsto en la Ley de Emisión del Pensamiento. También se han registrado actos de agresión contra integrantes de la prensa, lo que ha impuesto al gobierno la necesidad de adoptar medidas urgentes a manera de proteger la integridad de los miembros de la prensa. La publicidad oficial continúa utilizándose como un mecanismo de castigo para medios de comunicación críticos al gobierno.

Una preocupación para la plena vigencia del derecho de información de los habitantes del Estado de Guatemala, lo constituye el hecho de que se mantenga el monopolio de canales de televisión y de varias radiodifusoras. Así como la falta de emisión de una ley que regule lo referente a la concesión de frecuencias comunitarias en la que se viabilice la adquisición de estas sin discriminación.

Esta ley es de suma importancia y es un tema pendiente para Guatemala, así como realizar reformas a la Ley de Emisión del Pensamiento a efecto de actualizarla a los parámetros constitucionales y del sistema interamericano, desarrollando su protección. Por otra parte, un área que también debe desarrollarse por la ley es la relativa a la protección de datos ante particulares, tal el caso de empresas que se dedican a la recolección, distribución y venta de datos personales, sin estar sujetas a supervisión.

Por lo que, puede verse que aún existen grandes retos que superar por Guatemala en cuanto a consolidar el derecho analizado. Si bien se han mencionado retos en cuanto a consolidar la normativa vigente, se observa también que otra compleja situación es la intolerancia de funcionarios públicos respecto de las críticas hacia ellos se formulan. El año recién pasado, incluso, se promovieron procesos penales por desacato, a pesar de que las normas que lo establecían habían sido declaradas inconstitucionales y por ende no estaban

vigentes. Además se iniciaron una serie de procesos penales y civiles derivados de situaciones de expresión, obviándose los procedimientos establecidos en la Ley de Emisión del Pensamiento, lo que reafirma el hecho de que aun la libertad de expresión afronta una serie de dificultades en Guatemala.

Existe también un gran reto para los funcionarios judiciales, quienes ante los reclamos en defensa de esta libertad deben velar por su plena vigencia. Para ello deberán rechazar aquellos casos en los que carezcan de competencia por tratarse de un asunto que corresponda dirimirlo por los procedimientos establecidos en la Ley del Emisión del Pensamiento, y en aquéllos casos en los que efectivamente, la situación deba ser dilucidada ante su instancia, realizando un efectivo control de constitucionalidad y de convencionalidad, que permita una mejor protección de los derechos humanos.

IV. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DESDE LAS PERSPECTIVA CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONAL, POR GILBERT ARMIJO ³²

Sumario: **1.-** Introducción. **2.-** Objeto del derecho de acceso a la información pública y límites. **3.-** Sujetos activos y pasivos del derecho de acceso a la información. **4.-** La tutela jurisdiccional del derecho de acceso a la información desde la perspectiva convencional: **4.1.-** Por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. **4.2.-** Por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **5.-** La tutela del derecho de acceso a la información pública en el ámbito del Derecho Comunitario por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. **6.-** La protección del derecho de acceso a la información por la Jurisdicción Constitucional costarricense. **7.-** Conclusiones.

1.- Introducción.

En términos generales, el propósito de estas notas es delimitar el objeto y los alcances del derecho de acceso a la información pública, su relación con otros derechos fundamentales, así como los sujetos activos y pasivos de este derecho fundamental. En este orden, el derecho de acceso a la información pública puede ser entendido como la libertad que tiene todo individuo de acudir ante las autoridades públicas, y de solicitar y obtener información de su interés, siempre que se trate de datos públicos y que no afecten el goce y disfrute de otros derechos y libertades fundamentales.

De este modo, en este ensayo se examinará el goce de esta libertad a partir de su regulación positiva en el artículo 30 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, su relación con otros derechos que le sirven de instrumento, como es el caso de la libertad de petición y el derecho a un procedimiento administrativo pronto y cumplido, así como sus límites dentro y fuera de éste. También serán examinados los sujetos activos y pasivos de este derecho fundamental, dentro de los cuales son titulares del derecho de acceso a la información pública tanto los particulares como las personas jurídicas, mientras que son sujetos pasivos de este derecho fundamental, en primer lugar, el Estado y la Administración Pública, central y descentralizada, así como los sujetos de derecho privado en cuanto realicen potestades públicas o presten servicios públicos, o mantengan en su poder información con el mismo interés.

De igual modo, se analizará en este trabajo la tutela jurisdiccional del goce del derecho de acceso a la información, tanto desde la perspectiva de su protección multi-nivel (lo que incluye los casos paradigmáticos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte

32 Magistrado Presidente de la Sala Constitucional de Costa Rica.

Interamericana de Derechos Humanos, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el tema, en el ámbito del Derecho Comunitario Europeo), así como algunas sentencias emblemáticas, las más recientes, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, la cual ha defendido con una postura muy agresiva los alcances de este derecho fundamental, a tal grado que ha sostenido que las autoridades públicas deben comportarse como verdaderas casas de cristal de cara a los ciudadanos (*véase sobre el particular las sentencias No. 2004-09641 de las 17:50 hrs. de 31 de agosto de 2004, No. 2004-9705 de las 18:54 hrs. de 31 de agosto de 2004, No. 2004-9706 de las 18:55 hrs. de 31 de agosto de 2004, No. 2005-3673 de las 15:11 hrs. de 6 de abril de 2005 y No. 2005-9127 de las 11:26 hrs. de 8 de julio de 2005*).

2.- Objeto del derecho de acceso a la información pública y límites.

Como se expuso en la introducción de este trabajo, el derecho de acceso a la información pública constituye en el ordenamiento jurídico costarricense un derecho fundamental y, en esa medida, es susceptible de protección por parte de la Sala Constitucional mediante el recurso de amparo, en los términos en que ha sido proclamado por la Constitución Política de la República de Costa Rica en su artículo 48. Dicha libertad designa la facultad que tiene todo particular para dirigirse por escrito ante las autoridades públicas y de obtener la información pública que se estime de interés y ha sido proclamada en el artículo 30 constitucional³³, de la siguiente manera: "*se garantiza el libre acceso a los departamentos administrativos con propósito de información sobre asuntos de interés público. Quedan a salvo los secretos de Estado*". Sobre el tema, Jinesta Lobo, ha considerado que: "*el concepto de acceso a la información administrativa es más amplio, puesto que, comprende, no solo el derecho de acceder a los archivos, registros y documentos administrativos (ad extra), esto es, fuera de un procedimiento administrativo, sino también el derecho de acceso ab intra (dentro de un procedimiento administrativo) sea del conjunto de actuaciones y documentos que conforman un expediente administrativo en trámite.*"³⁴

33 En cuanto al concepto del derecho de acceso a la información pública, puede ser consultado: Díaz Cafferata, S., El derecho de acceso a la información pública: situación actual y propuestas de una ley, Lecciones y Ensayos, No. 86, 2009, pág. 153. Otro estudio relevante sobre el tema puede ser hallado en: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Estudio Especial sobre el derecho de acceso a la información, Washington, D. C., 2006, págs. 31-40.

34 Véase Jinesta Lobo, E., Transparencia Administrativa y Derecho de Acceso a la Información Pública, Juriscentro, San José, pág. 65.

Al respecto, es preciso distinguir el goce de esta libertad respecto de otras conexas como la libertad de petición y el derecho a un procedimiento pronto y cumplido. De este modo, el primer derecho ha sido proclamado en el artículo 27 de la Constitución Política y garantiza, de acuerdo con la Sala Constitucional, la facultad que posee todo ciudadano para dirigirse por escrito a cualquier funcionario público o entidad oficial con el fin de exponer un asunto de su interés. Esa garantía se complementa con el derecho a obtener pronta resolución, pero esto último no necesariamente significa una contestación favorable. En otras palabras, es el derecho a pedir y no el derecho a obtener lo que se pide, lo que se garantiza, aún cuando el funcionario pública deba resolver con estricta sujeción a la ley, pues la libertad de petición se funda en otro principio, esto es, en que no puede coartarse por la Administración el derecho de los gobernados para dirigirse a los órganos públicos (ver sentencia No. 2001-12425)³⁵. Por su parte, el derecho a un procedimiento pronto y cumplido supone, de acuerdo con la misma Sala, la obligación de la Administración de garantizar a las personas el cumplimiento de la justicia pronta y cumplida, sin denegación, lo que implica, en el ámbito de la justicia administrativa, su obligación de decidir con diligencia y celeridad los reclamos planteados por los administrados, de tal manera que en su resolución sea congruente con los extremos alegados, así como de comunicarlos a los intereses lo dispuesto, todo ello en un plazo razonable (véase la sentencia No. 2014-01594)³⁶.

En este sentido, y si bien el derecho de acceso a la información pública, el derecho de petición, y el derecho a un procedimiento pronto y cumplido tienen un objeto de tutela distinto, normalmente los segundos sirven o tienen un carácter instrumental respecto del primero, el cual también sirve de instrumento y facilita el goce de otros derechos fundamentales, como el derecho de defensa (si la gestión de acceso de información se plantea en el marco de un procedimiento administrativo), la libertad de expresión, comercio y libertad religiosa, entre otros.

Cabe mencionar que el goce del derecho de acceso a la información pública no es de índole absoluto, sino que puede ser limitado en los supuestos que enuncia la Constitución. En este sentido, se ha distinguido entre límites intrínsecos y extrínsecos: los primeros son

35 Un interesante estudio en que se pone de manifiesto la relación entre el derecho de acceso a la información pública y la libertad de petición puede ser hallado en Alianza Cívica, La controversia por el derecho de información, el caso de Alianza Cívica y la Presidencia de la República de Ernesto Zedillo, Breve Crónica del programa ciudadano "Adopta un funcionario", en El derecho de acceso a la información en México: un diagnóstico de la realidad, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IIFAI), Ciudad de México, 2004, pags. 9-20.

36 Cabe mencionar que en la actualidad y salvo algunas excepciones, la tutela del derecho a un procedimiento pronto y cumplido se realiza en la Jurisdicción ordinaria, mediante el llamado amparo de legalidad según lo ha resuelto la Sala Constitucional desde las sentencias No. 2008-02545 y No. 2010-17909.

aquellos que sirven para definir el contenido esencial de un derecho, son impuestos por la Constitución al definirlo y regularlo, mientras que los segundos son aquellos que se imponen desde fuera del derecho fundamental mismo al ejercicio legítimo y ordinario por el ordenamiento jurídico, básicamente por la propia Constitución y la ley³⁷.

Entre los límites intrínsecos, se ha mencionado el hecho que se trate de asuntos de interés público (lo cual debe ser ponderado en el caso concreto por la Sala Constitucional) y los Secretos de Estado por razones de seguridad y defensa nacionales y de relaciones internacionales, mientras que en los límites extrínsecos tenemos el derecho a la intimidad personal y familiar, la presunción de inocencia, el secreto bancario, el secreto industrial, la averiguación de los delitos, entre otros. Tales criterios han sido desarrollados por la Jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, lo que será revisado en la última parte de este trabajo.

3.- Sujetos activos y pasivos del derecho de acceso a la información.

En principio toda persona individualmente considerada, tanto física como jurídica, es titular del derecho de acceso a la información pública y, en ese tanto, puede reclamar ante la Sala Constitucional la tutela de este derecho fundamental, de acuerdo con el artículo 30 de la Constitución Política. El ejercicio de esta derecho también puede ser reclamado mediante un interés colectivo, difuso o corporativo³⁸.

34

De otro lado, en su estudio Jinesta Lobo reconoce que pueden ser sujetos activos del derecho de acceso a la información pública, las siguientes autoridades:

- Las Comisiones de Investigación y los diputados, en el ejercicio del control político;
- La Contraloría General de la República, órgano sobre el cual la Constitución Política le ha encomendado la fiscalización y el control de la hacienda pública;

37 Véase Jinesta Lobo, E., *Transparencia Administrativa y Derecho de Acceso a la Información Pública*, op. cit., págs. 181-182. Sobre los límites y las excepciones del derecho de acceso a la información pública también puede ser consultado: Díaz Cafferata, S., *El derecho de acceso a la información pública: situación actual y propuestas de una ley*, op. cit., pág. 153; y también: Gutiérrez Jiménez, P., *El derecho de acceso a la información pública: Una herramienta para el ejercicio de los derechos fundamentales*, Instituto de Acceso a la Información Pública del Distrito Federal, Ciudad de México, 2008, págs. 19-42.

38 En cuanto a la legitimación activa y pasiva del derecho de acceso a la información pública, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español, se puede revisar: Síndic de Greuges de Catalunya, *Informe sobre el derecho de acceso a la información pública*, 1ª edición, Barcelona, 2012, págs. 23-24.

- La Defensoría de los Habitantes en el ejercicio de sus competencias legales (véase el artículo 12.2 de la Ley de la Defensoría);
- Las Comisiones para promover la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (ver el artículo 67 de la Ley No. 7472);
- El Ministerio de Planificación, de acuerdo con el artículo 6 del Reglamento del MIDEPLAN;
- La Procuraduría General de la República, de acuerdo con el art. 3 inciso l) de la Ley No. 6815, y;
- La Administración Tributaria, según los artículos 150, 106 y 107 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios³⁹.

De otro lado, en lo que atañe a los sujetos pasivos del derecho de acceso a la información pública, se enumera los siguientes:

- La Administración Pública.
- Las empresas públicas;
- Los sujetos de derecho privado que ostenten información de interés público (véase la sentencia No. 2004-3407, por ejemplo los Sindicatos);
- Los sujetos de derecho privado que ejercen potestades públicas (asociaciones de desarrollo comunales) o prestan un servicio público impropio (educación, salud o seguridad) y;
- Los partidos políticos (véase en este sentido las sentencias 2003-3489, 2004-9705, 2004-9706, 2004-9707, 2004-9708 y 2004-9709).

4.- La tutela jurisdiccional del derecho de acceso a la información desde la perspectiva convencional:

Pues bien, una vez comentados, aunque desde una manera algo sencilla y breve, el objeto, los alcances y los límites, así como los sujetos activos y pasivos del derecho de acceso a la información pública, a continuación desarrollaremos el aporte de esta investigación, que consiste, fundamentalmente, en un recuento jurisprudencial de los principales fallos de los tribunales de protección de derechos humanos en el ámbito convencional europeo e interamericano, así como en el derecho comunitario europeo, sin dejar de lado las valiosas contribuciones de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de

39 Ver Jinesta Lobo, E., *Transparencia Administrativa y Derecho de Acceso a la Información Pública*, op. cit., págs. 121-138. Véase también Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Estudio Especial sobre el derecho de acceso a la información*, op. cit., págs. 31-40.

Justicia en esta materia. De este modo, iniciaremos con la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre este tema.

4.1.- Por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En términos generales, en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950, el derecho de acceso a la información pública ha sido concebido como parte del derecho de información y la libertad de expresión. En este marco, se ha entendido que la libertad de expresión comprende *“la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informes e ideas”*⁴⁰. En este orden de ideas, la profesora Luna Pla afirma que si bien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido el valor democrático de la transparencia gubernamental y la utilidad de la información pública, en muchos casos se ha negado a reconocer específicamente el derecho de la prensa y de las personas a recibir u obtener información de las autoridades o de documentos en posesión de las autoridades. En este orden, *“ha reconocido que es difícil interpretar el Convenio un derecho general al acceso a los datos y documentos administrativos. Por ello, su tendencia tradicional ha sido la de rechazar la idea de un derecho de acceso a la información pública de documentos administrativos.”*⁴¹

De este modo, en el caso Guerra y otros frente a Italia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló que la libertad de recibir información no impone ninguna obligación positiva a los Estados de entregar dicha información. De igual modo, en el caso Eccleston v. Reino Unido, 2002, el Tribunal Europeo resolvió que el derecho a recibir información que está comprendido en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales se refiere a la información que otros comunican y que no impone ninguna obligación en el gobierno de proveer información⁴².

Sin embargo, en el caso Társaság a Szabadságjogokért v. Hungría, del año 2009, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos abre una pequeña ventana en esta materia y afirma que cuando los órganos de gobierno detentan información que es necesaria para el

40 Véase en este sentido Casadevall J., El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su Jurisprudencia, tirant lo blach, Valencia, 2012, págs. 366-370.

41 Ver Luna Pla, I., Derecho a la Información (Jurisprudencia Europea), Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, Tomo I, Eduardo Ferrer Mac-gregor, Fabiola Martínez Ramírez y Giovanni A. Figueroa Mejía, Coordinadores, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ciudad de México, 2014, págs. 344-346. Véase de igual modo las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos Gaskin v. Reino Unido, 1989; Leader v. Suecia, 1987.

42 Ver Luna Pla, I., Derecho a la Información (Jurisprudencia Europea), Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, Tomo I, op. cit., pág. 346.



debate público y niegan los documentos a solicitantes de esa información, se viola el derecho a la libertad de expresión y de información que garantiza el artículo 10 del Convenio Europeo. Esta sentencia, según la autora Constanza Toro Justiniano, constituye un hito en el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública en el ámbito europeo⁴³. En dicha sentencia, el TEDH examina la vinculación entre la libertad de expresión y el derecho de acceder a la información de carácter público, y examina las exigencias que impone al Estado el artículo 10 del Convenio Europeo⁴⁴. De este modo, según la mencionada autora, *“Para la Corte, el primer requisito –establecimiento de la restricción por ley- fue satisfecho, pues el Estado se basó en la Ley de Datos Húngara. En cuanto al segundo requisito –objetivo legítimo- en tanto el Estado alegó que la negativa se justifica en la protección de los derechos de terceros, estimó que este requisito también estaba satisfecho. Sin embargo, es en el tercer requisito –restricción necesaria en una sociedad democrática- donde la Corte estimó que el Estado infringió el artículo 10, pues a su juicio la negativa de acceso a la información solicitada habría obstaculizado la libre circulación de la información y el debate público. Es en estas reflexiones en las que la Corte desarrolló el alcance y la importancia del derecho de acceso a la información pública”*⁴⁵.

En suma, y al analizar los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia, bien se puede afirmar que, con la salvedad del caso *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungría*, del año 2009, se ha negado a reconocer la existencia de un derecho general de acceso a la información, aunque existen excepciones que se desprenden de los artículos 2, 6, 8 y 10 de la Convención. Se trata de un derecho que las personas normalmente ejercen por medio de la prensa y los medios de comunicación. Esta situación es discutida, particularmente la postura del Tribunal Europeo de Derechos

43 Véase Toro Justiniano, C., *Derecho de acceso a la información pública: comentarios a un fallo clave de la Corte Europea de Derechos Humanos*, véase la página de Internet: www.anuariocdh.uchile.cl, pág. 99.

44 Véase Toro Justiniano, C., *Derecho de acceso a la información pública: comentarios a un fallo clave de la Corte Europea de Derechos Humanos*, op. cit., pág. 101.

45 Ver Toro Justiniano, C., *Derecho de acceso a la información pública: comentarios a un fallo clave de la Corte Europea de Derechos Humanos*, op. cit., pág. 101. Sobre el tema, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló: “35. The Court recalls at the outset that “Article 10 does not ... confer on the individual a right of access to a register containing information on his personal position, nor does it embody an obligation on the Government to impart such information to the individual” (*Leader v. Sweden*, 26 March 1987 § 74 in fine, Series A no. 116) and that “it is difficult to derive from the Convention a general right of access to administrative data and documents” (*Loiseau v. France (dec.)* no. 46809/99. ECHR 2003-XII (extracts). Nevertheless, the Court has recently advanced towards a broader interpretation of the notion of “freedom to receive information” (see *Sdruzeni Jihoceské Matky c. la République tcheque (dec.)* no. 19101/03, 10 July 2006) and thereby towards the recognition of a right of access to information”.



Humanos a consagrar una desigualdad en los alcances de protección de este derecho fundamental.

4.2.- Por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De acuerdo con Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Carlos María Pelayo Möller, el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, de 2006, constituye el *leading case* sobre el derecho de acceso a la información pública en el ámbito del sistema interamericano. En este fallo, la Corte IDH determinó que de conformidad *"con el deber dispuesto en el artículo 2º de la Convención, el Estado tiene que adoptar las medidas necesarias para garantizar los derechos protegidos en el Pacto de San José; lo cual implica la supresión tanto de las normas y prácticas que entrañen violaciones a tales derechos, así como la expedición, de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observación de dichas garantías"*⁴⁶. En este caso la Corte IDH determinó que el Estado de Chile no cumplió con las obligaciones que le impone el artículo 2 de la Convención Americana de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para garantizar el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión de los señores Marcel Claude Reyes y Arturo Longton Guerrero. En dicha sentencia también se mencionó la necesidad de garantizar la efectividad de un procedimiento administrativo adecuado para la tramitación y resolución de las solicitudes de información, que fije plazos para resolver y entregar la información, y que se encuentre bajo la responsabilidad de funcionarios debidamente capacitados⁴⁷.

De otro lado, también es relevante en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos el informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el cual se manifiesta a favor de la publicidad en sede administrativa, de la siguiente manera: *"...otro aspecto adicional del derecho al acceso a la información es "la presunción de que todas las reuniones de los órganos gubernamentales son abiertas al público". Esta presunción es aplicable a toda reunión en que se ejerzan*

46 Véase Ferrer Mac-gregor, E., y Pelayo Möller C. M., Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario, Christian Steiner y Patricia Uribe, Editores, Konrad Adenauer Stiftung, El Salvador, 2014, pág. 87. En el fallo aludido la Corte IDH también precisó: *"En particular, ello implica que la normativa que regule restricciones al acceso a la información bajo el control del Estado debe cumplir con los parámetros convencionales y sólo pueden realizarse restricciones por las razones permitidas por la Convención (supra párrs. 88 a 93), lo cual es también aplicable a las decisiones que adopten los órganos internos en dicha materia"*

47 Véase Corte IDH caso *Claude Reyes y otros vrs. Chile*, párrafo 163. De igual modo se puede revisar: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos, *El Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Estudio de los Estándares Fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 2007, págs. 41-42.



*poderes de toma de decisión, incluyendo las actuaciones administrativas, las audiencias de tribunales y los procedimientos legislativos. Toda limitación a la apertura de las reuniones debe estar sujeta a los mismos requisitos que la retención de información*⁴⁸.

En tales pronunciamientos se pone de manifiesto la importancia que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos le ha conferido el derecho de acceso a la información pública.

5.- La tutela del derecho de acceso a la información pública en el ámbito del Derecho Comunitario por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En lo que atañe a la protección de los derechos fundamentales en el ámbito del derecho comunitario europeo, es preciso tener en consideración los tratados constitutivos de la unión no recogían catálogo alguno de derechos fundamentales, ni hacían referencia a la sujeción de las instituciones y a los agentes comunitarios. En este sentido, y de acuerdo con Luis María Díez-Picazo, *“sólo cabía hallar algún atisbo de la idea de derechos fundamentales en preceptos aislados, como el art. 141 TCE, que establece el principio de igual salario a igual trabajo independientemente del sexo del trabajador*⁴⁹. Ante la laguna que se planteaba a finales de los años sesenta en el derecho comunitario con respecto a la tutela de los derechos fundamentales, y ante la presión ejercida por el Tribunal Constitucional Federal Alemán y la Corte de Constitucionalidad Italiana, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea asumió el compromiso, en palabras del mencionado autor, *“de que las instituciones y agentes comunitarios están obligados a respetar los derechos fundamentales de los particulares, tanto al aprobar normas, como al aplicar tales normas a casos concretos*⁵⁰. Por lo anterior, y en vista que los tratados constitutivos de la unión no contenían ninguna declaración de derechos, ni siquiera indirectamente, *“el Tribunal de Justicia reconoció los derechos fundamentales calificándolos de principios generales de derechos*⁵¹”.

48 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, 22 de octubre de 22 (OEA/Ser.L/VII. 166), párrafo 287.

49 Véase Díez-Picazo, L. M., Sistema de Derechos Fundamentales, Tercera Edición, Thomson-Cívitas, Navarra, 2008, pág. 180, y Orozco Solano, V. E., El anhelado pluralismo constitucional en el ámbito europeo frente a la superioridad normativa de las Constituciones de cada Estado: la protección multidimensional de los derechos fundamentales en Europa, Revista Judicial, San Jose, No. 104, junio 2012, pags. 24-27.

50 Ver Díez-Picazo, L. M., Sistema de Derechos Fundamentales, op. cit, pág. 180.

51 Sobre todo lo anterior véase Díez-Picazo, L. M., Sistema de Derechos Fundamentales, op. cit, pág. 180.



Un ejemplo de lo anterior sin duda es la sentencia adoptada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el mencionado asunto "*Internationale Handelsgesellschaft*", sentencia de 17 de diciembre de 1970 (supra- mencionada), en que se dijo: "*que la alegación de violaciones de los derechos fundamentales, tal como están formulados por la Constitución de un Estado miembro, o de los principios de una estructura constitucional nacional no puede afectar la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio de dicho Estado. 4. Considerando que, sin embargo, es preciso examinar si no se ha infringido ninguna garantía análoga, inherente al Derecho comunitario. que, en efecto, la observancia de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del derecho, cuyo respeto garantiza este Tribunal de Justicia; que la salvaguardia de dichos derechos, aunque se inspire en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser garantizada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad; que procede, pues, examinar a la luz de las dudas manifestadas por el Verwaltungsgericht si el régimen de garantías habría menoscabado los derechos fundamentales cuyo respeto debe garantizarse en el ordenamiento jurídico comunitario*"⁵².

Esa construcción jurisprudencial del Tribunal de Justicia con posterioridad fue oficializada, otorgándole el valor de norma de derecho comunitario primario en el Tratado de Maastricht de 1992, en cuyo artículo 6.2 se dispuso: "*La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario*"⁵³. Lo anterior por los problemas que se suscitaban ante la falta de reconocimiento de derecho positivo del valor de los derechos fundamentales en el ámbito del derecho comunitario. Pues bien, en el aprobado Tratado de Lisboa (que ha entrado en vigencia, como se ha expuesto, el pasado 1º de diciembre de 2009) se ha dado una nueva redacción al artículo 6 del TUE, el cual ha quedado como sigue:

"Artículo 6.- *La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.*

52 En términos similares pueden ser mencionados los siguientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas STJ Stauder de 12 de noviembre de 1969 y Nold de 14 de mayo de 1974.

53 Ver Díez-Picazo, L. M., Sistema de Derechos Fundamentales, op. cit, pág. 182.



Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones."

De esta forma, en la mencionada disposición la unión reconoce los derechos que han sido proclamados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007. Sobre el particular, sin duda excede el objeto de estas notas desarrollar los procesos históricos que han dado cabida a la formulación de la mencionada Carta de los Derechos Fundamentales; en este orden de ideas, es suficiente con mencionar el contenido de los artículos 51 (con respecto al ámbito de aplicación de la Carta: dirigida a las instituciones, órganos y organismos de la unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como los Estados miembros únicamente cuando apliquen el derecho comunitario), y el 52 referido al alcance e interpretación de los derechos y principios; esta última norma establece:

"1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

2. Los derechos reconocidos por la presente Carta que se mencionan en otras Partes de la Constitución se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por ellas.

3. En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.

4. En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones.

5. Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos.

6. Se tendrán plenamente en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales según lo especificado en la presente Carta.

7. Las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la Carta de los Derechos Fundamentales serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros.”

Ahora bien, en lo que atañe a la protección del derecho de acceso a la información pública en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se puede mencionar que es muy numerosa, y es posible clasificarla en cuatro grandes grupos: en primer lugar, el acceso a la información respecto de las instituciones de la Unión Europea, dentro de las cuales sobresalen los casos:

- Países Bajos y Van Der Wal/ Comisión, sentencia de 11 de enero de 2000, en los asuntos acumulados C-174/98 P y C-189/98 P;
- Consejo / Hautala, sentencia de 6 de diciembre de 2001, en el asunto C-353/99 P;
- Pitsiorlas/Consejo y BCE, sentencia de 15 de mayo de 2003, en el asunto C-193/01 P;
- Mattila/ Consejo y Comisión, sentencia de 22 de enero de 2004, en el asunto C-353/01 P;
- Sisón/ Consejo, sentencia de 1 de febrero de 2007, en el asunto C-266/05-P;
- Suecia/ Mytravel y Comisión, sentencia de 21 de julio de 2011, en el asunto C-506/08 P;
- Comisión/ Editions Odile Jacob, sentencia de 28 de junio de 2012, en el asunto C-404/10 P;
- Consejo/ Access info europe, sentencia de 17 de octubre de 2013, en el asunto C-280/11 P;
- LPN y Finlandia/ Comisión, sentencia de 14 de noviembre de 2013, en los asuntos acumulados C-514/11 y C-605/11-P;
- Comisión/ ENBW, sentencia de 27 de febrero de 2014, en el asunto C-365/12 P.

En segundo, el acceso a la información de datos personales, dentro de las cuales destacan las siguientes sentencias:

- Collage van burgemeester en wethouder van Róterdam contra M. E. E. Rijkebor, sentencia de 7 de mayo de 2009, en el asunto C-553/07;
- La sentencia de 12 de diciembre de 2013, en el asunto C-486712;
- La sentencia de 17 de julio de 2014, en los asuntos acumulados C-141-12 y C-372/12.

Tercero, el acceso a la información de carácter medioambiental, dentro de las cuales sobresalen los siguientes pronunciamientos:

- La sentencia de 9 de septiembre de 1999 en el asunto C-217/1997;
- La sentencia de 22 de diciembre de 2010, en el asunto C-524/09;
- La sentencia de 28 de julio de 2011, en el asunto C-71/10;
- La sentencia de 14 de Febrer de 2012, en el asunto C-204/09.

Y, por último, el acceso a la información privilegiada, de las que destacan las siguientes sentencias:

- La sentencia de 22 de noviembre de 2005, en el asunto C-384/02;
- La sentencia de 10 de mayo de 2007, en el asunto C-391/04;
- La sentencia de 23 de diciembre de 2009, en el asunto C-45/08;
- La sentencia de 28 de junio de 2012, en el asunto C-19/11.

En todos estos casos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido ocasión de pronunciarse con respecto a los alcances del derecho de acceso a la información pública, con resultados dispares⁵⁴. Sobre el particular, es preciso mencionar que excede los propósitos de este trabajo analizar de manera integral cada uno de estos fallos, los cuales pueden ser objeto de revisión en un trabajo posterior.

54 Un estudio sobre el tratamiento del derecho de acceso a la información pública en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como su regulación positiva, puede ser hallado en Síndic de Greuges de Catalunya, Informe sobre el derecho de acceso a la información pública, op. cit, págs. 23-24.

6.- La protección del derecho de acceso a la información por la Jurisdicción Constitucional costarricense.

En el ámbito de la Jurisdicción Constitucional costarricense es preciso mencionar que el derecho de acceso a la información pública constituye un derecho fundamental, y en ese tanto, es susceptible de protección mediante el recurso de amparo ante la Sala Constitucional, de acuerdo con la relación armónica de los artículos 30 y 48 de la Constitución Política. En este orden, y al efectuar un ejercicio de comparación entre la Jurisprudencia que ha emitido la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en esta materia, frente a la de los órganos regionales de protección de los derechos humanos (el TEDH y la Corte IDH), bien se puede indicar que la Sala ha mantenido una postura agresiva, contundente y pionera, en lo que respecta a la tutela de este derecho fundamental.

De esta forma, a continuación serán examinados algunos fallos de la Sala Constitucional en esta materia, particularmente aquellos en los cuales la negativa de las autoridades públicas de suministrar la información requerida por los particulares, en especial los periodistas, también ha incidido sobre el goce de otros derechos fundamentales, como la libertad de expresión. No en vano, como lo adelantamos al inicio de este trabajo, es preciso recordar que el derecho de acceso a la información pública reviste un carácter instrumental, en cuanto sirve de plataforma al goce y disfrute de todos derechos fundamentales, todos vinculados con la dignidad humana.

Pues bien, en la sentencia 2002-3074 la Sala Constitucional conoció el recurso de amparo planteado por el Secretario General del Sindicato de Empleados del Ministerio de Hacienda, contra el Presidente Ejecutivo del Banco Central de Costa Rica. En esa ocasión se impugnó la negativa de la autoridad recurrida de entregar los resultados del estudio realizado por el Fondo Monetario Internacional⁵⁵. En esa oportunidad se ordenó al

55 En esa ocasión la Sala Constitucional consideró: "a) *Sobre el derecho a la información: El derecho a ser informado es público por cuanto exige la intervención del Estado y es un derecho subjetivo por cuanto supone un poder jurídico, susceptible de ser institucionalizado y regulado por el ordenamiento jurídico para la satisfacción de fines o intereses de carácter social, basados en la naturaleza misma de la persona humana y en la organización de la sociedad. A su vez, existe un deber de los entes públicos a facilitar la información y para ello, deberán dar facilidades y eliminar los obstáculos existentes. Los profesionales de la información son intermediarios entre los entes públicos y los destinatarios de la información y por ende, tienen igualmente el derecho a obtener información y el deber de transmitirla lo más fielmente posible. El objeto del derecho a la información es la noticia y por tal se ha de entender aquellos hechos verdaderos que puedan encerrar una trascendencia pública. B) En este caso, se niega la información aduciendo que en virtud de lo que dispone el artículo IV del Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional, según el cual, esa clase de informes son el resultado de análisis de supervisión llevados a cabo por ese organismo internacional en torno a las políticas cambiarias de los países miembros y de*



recurrido la integra inmediata del informe elaborado con respecto a Costa Rica por parte de ese Organismo Internacional.

De otro lado, en las sentencias No. 2004-9705, No. 2004-9706, y No. 2004-9708 (en relación con la apertura de las cuentas corrientes de los partidos políticos), la Sala Constitucional conoció la negativa del Banco BANEX de suministrar a los periodistas los estados de cuenta del Partido Liberación Nacional. En dicha ocasión, la Sala Constitucional dispuso: *“Se ordena al apoderado de la sociedad BANCO BANEX S.A., o a quien ocupe el cargo, que de acceso de forma inmediata a un representante del Periódico La Nación a la información requerida en la nota presentada el dieciséis de septiembre de dos mil tres, referente a los movimientos que se efectuaron en las cuentas corrientes abiertas en ese Banco por la sociedad anónima Proyecciones Nuevo Siglo R.A.M.M., S.A. Asimismo, debe darse acceso a los movimientos de las cuentas a nombre de Emilio Baharet Shields, durante los años 1999 a 2002. Esta orden debe ser acatada bajo entera responsabilidad del Periódico La Nación y del periodista Mauricio Herrera Ulloa respecto del uso que se haga de dicha información, que debe estar limitada a los movimientos relacionados con la pasada campaña electoral, sin que pueda el Periódico La Nación recolectar, almacenar o hacer uso de cualquier otra información extraíble de las cuentas a que tendrá acceso”*. Asimismo, en la sentencia No. 2008-13658, sobre la negativa de informar acerca del contenido de los bonos chinos, la Sala Constitucional resolvió un recurso de amparo en el cual un periodista acusó que desde el 4 de febrero de 2008 se solicitó al Ministerio de Hacienda información sobre la compra de bonos de la Deuda Pública de Costa Rica por parte de una entidad financiera de la República Popular de China, pero a la fecha se le había negado la entrega de la documentación requerida. Tras estimar el recurso de amparo y declarar la violación del derecho protegido en el artículo 30 constitucional, se ordenó la entrega inmediata de lo pedido, en su nota de 4 de febrero de 2008.

Por su parte, en la sentencia No. 2014-4894 la Sala Constitucional conoció el recurso de amparo tramitado bajo el expediente No. 12-007518-0007-CO, el cual fue promovido contra el Presidente del Directorio de la Asamblea Legislativa, por su decisión de declarar

conformidad con lo estipulado en las Secciones 4 y 5 del Artículo IX del indicado Convenio, tales informes son de uso exclusivo del Fondo Monetario Internacional y por ello tienen el carácter de confidenciales, incluso, según la Sección 8 del Artículo XII, el Fondo Monetario, puede comunicar extraoficialmente al país el informe, sin embargo, conserva su carácter de confidencial. C) La Sala estima que se ha lesionado el derecho a la información en vista de que el Banco Central de Costa Rica, como institución autónoma de derecho público, ha tenido conocimiento de un informe sobre Costa Rica que fue elaborado por un organismo internacional como lo es el Fondo Monetario Internacional, sin que en el mismo participara algún órgano del Estado Costarricense y a pesar de que el resultado plasmado en ese informe, sin lugar a dudas, es de la más alta relevancia pública por cuanto afecta intereses de los costarricenses en su generalidad, el Presidente de ese Banco se ha negado a brindarlo a un medio de comunicación que, como tal, es un intermediario entre la fuente informativa y la colectividad.

secreta la sesión por medio de la cual se conocería el levantamiento del fuero de inmunidad de un Diputado del Partido Liberación Nacional, y se ordenó a los periodistas que cubrían la noticia retirarse del lugar, impidiéndoseles conocer la discusión, la cual tenía mucha relevancia en la ciudadanía. En esta sentencia, y tras analizar palabra “secreta” contenida en el artículo 191 del Reglamento de la Asamblea Legislativa, los principios de transparencia y publicidad administrativa, relacionados con el artículo 117 de la Constitución Política, el derecho de acceso a la información de interés público y la libertad de información, se declaró con lugar el recurso de amparo.

De igual modo, en la sentencia No. 2014-4037 la Sala Constitucional declaró con lugar el recurso de amparo tramitado bajo el expediente No. 13-012328-0007-CO, en la que se indicó que el salario de los funcionarios del Estado es un dato público. En el memorial de interposición del amparo se alegó que el 17 de septiembre de 2013 solicitó a la encargada de prensa de la institución accionada información de los años 1990 (o el año más antiguo disponible) al 2013, todo en hojas de cálculo, respecto del salario reportado ante la Caja Costarricense de Seguro Social de cada funcionario público del país, en el año respectivo, la institución para la que trabajaba en cada año y, si esa institución es parte del Gobierno Central, el Poder Judicial, Legislativo o de las instituciones autónomas, en caso de pertenecer a otra categoría, se debía indicar como “otras”. Reclama que a la fecha, no se le ha brindado respuesta definitiva ni se le ha entregado la información gestionada⁵⁶. En esa oportunidad se ordenó a la Presidenta Ejecutiva y Jefa del Área de Comunicación de la Caja Costarricense de Seguro Social, que dentro del plazo de un mes contado a partir de la notificación de esta resolución, informen al amparado cuánto tiempo se requerirá para construir la rutina informática que permita la extracción de los datos solicitados, el plazo

56 Los argumentos que utilizó la Sala Constitucional en esa ocasión para declarar con lugar el recurso, pueden ser resumidos de la siguiente forma: a) Sobre el derecho de acceso a la información pública. Como se puede inferir de la Ley Modelo citada y las resoluciones de la OEA, hoy en día, la Administración está obligada a informar al administrado acerca de sus actuaciones y progresivamente hacer accesible la información que se encuentra en su poder mediante los medios tecnológicos que tenga a su alcance. b) Sobre la conjugación del derecho a la intimidad con el derecho de acceso a la información pública. El umbral de protección de la privacidad de los funcionarios públicos es menor por encontrarse de por medio el interés público, el cual demanda conocer la adecuada administración de fondos públicos y la integridad e idoneidad de los funcionarios estatales. c) Sobre el acceso a la información salarial de funcionarios públicos en el ámbito nacional. En repetidas ocasiones la Sala ha analizado el tema en cuestión, llegando reiteradamente a la conclusión de que el salario que devengan los funcionarios o servidores públicos es de naturaleza pública e interés general, por involucrar el adecuado control y manejo de fondos públicos. La necesidad de que exista transparencia en las finanzas públicas también puede afectar el derecho a la privacidad de los administrados. En la jurisprudencia de la Sala, el derecho a la información y al acceso a la información ha prevalecido consistentemente, cuando la divulgación de los datos es necesaria para garantizar la transparencia de la hacienda pública

necesario para atender su solicitud, y el costo aproximado que deberá asumir el amparado.

Además, en la sentencia No. 2014-6552, la Sala Constitucional declaró con lugar un recurso de amparo y ordenó dar acceso a las actas del Consejo Directivo del Instituto Costarricense de Electricidad (tramitado bajo el expediente No. 12-007117-0007-CO). En esa oportunidad alegó el actor, quien es periodista, que solicitó a la autoridad recurrida los presupuestos 2010, 2011 y 2012 de las siguientes partidas: Servicios de Desarrollo de Sistemas Informáticos; otros Servicios de Gestión y Apoyo; Servicios de Ingeniería; Servicios Jurídicos; Servicios en Ciencias Económicas y Sociales; Servicios Médicos y de Laboratorio; Servicios Generales”, pero el 04 de mayo del 2012 se le informó que no se le entregaría la información porque fue calificada como confidencial por el Consejo Directivo de la entidad⁵⁷. En esa oportunidad, la Sala concedió un plazo de dos meses para facilitar la información requerida por medio del correo electrónico de 27 de abril de 2012, que no tenga carácter confidencial. En esa ocasión, el Magistrado Armijo Salvó el voto y declaró sin lugar el recurso, al considerarse que la entrega de esa información coloca al ICE frente a sus competidores en una posición de vulnerabilidad y, en suma, que se trataba de información confidencial.

De otro lado, en la sentencia No. 2014-11777, la Sala resolvió el recurso de amparo planteado por un particular contra la Federación Occidental de la Municipalidad de Alajuela. En esa oportunidad el actor demandó la tutela de la libertad de expresión y su derecho de acceso a la información administrativa, pues, en su criterio, la Federación recurrida, le impide ejercer el periodismo y le niega la información de interés público que ha solicitado. En esa oportunidad, la Sala declaró parcialmente con lugar el recurso y ordenó la entrega de las copias de la póliza de riesgos y del acuerdo que tomó esa Federación respecto de la actualización del manual descriptivo de puestos, y una explicación de las razones por las que no se aplica el salario escolar en la Federación recurrida, al amparado.

57 En esa ocasión la Sala Constitucional consideró los siguientes temas: a) El derecho de acceso a la información administrativa, en cuya razón se cita la sentencia No. 2120-03. b) Sobre la condición del Instituto Costarricense de Electricidad, como sujeto pasivo de este derecho fundamental, luego del proceso de apertura en el mercado de Telecomunicaciones, lo que fue abordado por la Sala en la sentencia No. 2010-008672. c) Es claro que el artículo 35 de la Ley 8660 establece, de acuerdo con el artículo 24 de la Constitución Política, que es confidencial la información de clientes y usuarios, y además prevé un régimen especial que faculta al ICE a declarar confidencial información sobre sus actividades y las de sus subsidiarias, que previamente califica como secreto industrial, comercial o económico (sentencias No. 226-2010 y No. 9455-11); sin embargo, en este caso concreto las actas del Consejo Directivo del ICE es información pública y si hay información sensible, es deber de la institución tutelarla y limitar el derecho en ese sentido, sin violentar el acceso a la información solicitada.

En la sentencia No. 2015-02539 la Sala Constitucional resolvió el recurso de amparo planteado contra el Presidente de la Asamblea Legislativa y el Presidente de la Comisión Permanente de Asuntos Hacendarlos de la Asamblea Legislativa. En esa oportunidad el actor alegó que es periodista y con motivo de una reunión de la Comisión aludida, se acusó que el Diputado Ottón Solís en forma abrupta solicitó a los periodistas que se retiraran del lugar. Por mayoría se declaró con lugar el recurso, y se ordenó al Presidente de la Comisión Permanente de Asuntos Hacendarios, Ottón Solís Fallas, o a quien ocupe su cargo, que adopte las medidas necesarias para que cuando se discuta el presupuesto se haga en un recinto que garantice el acceso de los periodistas y de todos los medios de comunicación colectiva, asimismo que se abstenga de incurrir en el futuro en las conductas que fueron objeto de impugnación. De igual modo, en la sentencia No. 2015-3569 la Sala Constitucional estimó un recurso de amparo en el cual se impugnó el acuerdo 29 de la sesión ordinaria del Directorio de la Asamblea Legislativa 038-2014, en que se estableció que la información que requiera la prensa debe ser canalizada a través de la Dirección Ejecutiva. En esa oportunidad se declaró con lugar el recurso y se estimó el amparo, en aras de garantizar los derechos fundamentales de los periodistas, concretamente: señalados el derecho de acceso a la información, la libertad de expresión y prensa, y el derecho a la igualdad. Asimismo, conforme lo establece el artículo 50 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, se les ordena a los miembros del Directorio Legislativo abstenerse a incurrir nuevamente en los actos que fueron objeto de impugnación.

Finalmente, es relevante la sentencia dictada por la Sala Constitucional al resolver el recurso de amparo tramitado bajo el expediente No. 15-001892-0007-CO (la sentencia No. 2015-3729), el cual se planteo contra el Ministerio de la Presidencia. En el memorial de interposición el actor explica que el 19 de enero de 2015 formuló una "solicitud de acceso y conocimiento de documento" dirigida a la autoridad recurrida, en la que requirió copia certificada de las bitácoras originales de entradas y salidas a los edificios que integran el complejo conocido como Casa Presidencial (gestión asociada al expediente), sin que a la fecha se le haya contestado, ni otorgado la información solicitada. Estima que lo anterior es violatorio de sus derechos fundamentales. En esta sentencia se analiza el tema del derecho de acceso a la información pública y el Derecho al acceso a la información administrativa. En el caso concreto se indica que al recurrente se le informó que no era posible conceder la información requerida, lo anterior por cuanto se estimó que la divulgación de tal información podría afectar gravemente al Estado, a personas concretas que verían en peligro sus bienes jurídicos, y a la colectividad. Los argumentos del recurrido no le dan fundamento a su negativa a entregar la información solicitada, ya que sólo se trata de los datos que identifican a los que ingresan y egresan de la Casa Presidencial, se trata de datos que no se refieren a las actividades de las personas que visitan la Casa de Gobierno. No son datos sensibles o restringidos, ni tampoco es información que incida en temas de seguridad.

En esa oportunidad se estimó que la información solicitada por el recurrente no se encuentra protegida por los límites intrínsecos del derecho de acceso a la información pública (sean, la naturaleza de la información solicitada no es de carácter público, o bien, que se trate de un secreto de Estado), tal y como argumenta la autoridad recurrida. En ese sentido, se ha indicado que la garantía contenida en el artículo 30 de la Constitución procura una función administrativa transparente, la cual permite a los sujetos acceder a la información de naturaleza pública en poder de los respectivos entes u órganos públicos. Según el análisis de fondo, la información solicitada -por el recurrente- se refiere a las bitácoras de los oficiales de seguridad de la Casa Presidencial, específicamente, a los registros anotados de la fecha de 1° de diciembre de 2014 al 19 de enero de 2015, en ese sentido, tal y como se indicó, la naturaleza de esa información se refiere a documentación administrativa de naturaleza pública, por lo cual no se encuentra protegida por secreto de Estado, cuyo concepto ha sido interpretado por este Tribunal, en su sentido más amplio como: seguridad pública, defensa nacional y relaciones exteriores. De otra parte, tampoco nos encontramos, en este caso, con uno de los límites extrínsecos señalados por la Constitución, los cuales se refieren a lo preceptuado en los artículos 24 (derecho de intimidad) y 28 (derecho a la moral y el orden público) de la Constitución Política, los cuales impedirían el acceso a la información, únicamente, bajo esos supuestos.

Dado que tampoco existe una ley especial que proteja la información solicitada en el caso concreto, se consideró que la negativa de la autoridad accionada, en suministrar la información al petente, constituye una violación a sus derechos fundamentales, específicamente, a las garantías de acceso a la información pública, contenidas en los artículos 27 y 30 constitucionales, las cuales se manifiestan como garantía de control de los ciudadanos. Por consiguiente, se declaró con lugar el amparo y se ordenó al Ministro de la Presidencia, que dentro del plazo de 5 días contados a partir de la notificación de esta resolución, brinde al amparado las certificaciones de las bitácoras de los oficiales de seguridad de la Casa Presidencial, específicamente, a los registros anotados de la fecha de 1° de diciembre de 2014 al 19 de enero de 2015.

7.- Conclusiones.

En este trabajo se han analizado los alcances del derecho de acceso a la información pública, el objeto, sus límites, y su vinculación con otros derechos fundamentales como la libertad de petición y el derecho a un procedimiento pronto y cumplido. También se han examinado, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico costarricense, quienes pueden ser sujetos activos y pasivos de este derecho fundamental.

De igual modo, se ha repasado la tutela jurisdiccional del derecho de acceso a la información pública desde la perspectiva de su protección multi-nivel, tanto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con los aportes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Derecho Comunitario Europeo, con las valiosas contribuciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como la protección de este derecho fundamental por parte de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica.

Al respecto, bien se puede comentar que la Jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica tiene un mayor grado de desarrollo y evolución que con respecto a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En este sentido, en los fallos de la Sala que hemos comentado en esta oportunidad se pone de manifiesto el carácter instrumental que ciertamente reviste el derecho de acceso a la información pública respecto de otras garantías fundamentales, como la libertad de comercio, de expresión, o la libertad religiosa. De modo que el derecho de acceso a la información pública forma parte de una libertad más amplia de información, del derecho de difundir y recibir informaciones de cualquier índole, en cuyo caso el primero constituye una plataforma necesaria.

Acerca del particular, queda pendiente un estudio de la tutela jurisdiccional del derecho de acceso a la información pública desde una relación de derecho comparado, en el cual se puedan analizar los aportes del Tribunal Constitucional Federal Alemán, la Corte de Constitucionalidad Italiana y el Tribunal Constitucional Español sobre el tema, lo cual queda para otra ocasión.



V. DEBATE ABIERTO

1. La base de una sociedad democrática es el pluralismo, el debate y la diversidad de ideas, siendo los medios de comunicación una de las principales herramientas que llevan a la práctica lo anterior. En América Latina particularmente, estamos ante una creciente **concentración de la propiedad de los medios de comunicación**, lo que termina afectando a la libertad de expresión.
 - a) ¿Cómo podemos superar estas barreras?
 - b) ¿Cómo potenciar la pluralidad de medios y la diversidad de contenidos?
 - c) ¿Basta que los Estados no coloquen trabas a la inclusión de nuevos actores de medios de comunicación o se requiere de obligaciones positivas para cumplir con el estándar de libertad de expresión establecido en la CADH en su artículo 13?
2. Debido a la aparición de **nuevas tecnologías** que modifican la forma de entregar la información a través de ciertos medios de comunicación:
 - a) ¿Qué rol juega el desarrollo de la televisión digital en América Latina, en relación al derecho a la libertad de expresión?
 - b) ¿Cuál es el papel de la televisión digital comunitaria en este sentido?
3. Entendiendo que la **televisión pública** funciona con lógicas distintas de las comerciales y de las puramente políticas, en tanto opera en forma independiente a los que detentan el poder político o económico. Sin embargo, esto no ha podido darse en la gran mayoría de los países de América Latina. En este sentido:
 - a) ¿Cómo se asegura efectivamente que se entregue información diversa y de calidad, y que contribuya a la pluralidad de la sociedad?
4. El **acceso a la información pública** resulta fundamental para que las personas puedan expresar opiniones y construir comunidad en una sociedad democrática. Con respecto a esto,
 - a) ¿Qué estándares de acceso a la información pública deben cumplir los Estados Latinoamericanos?
 - b) ¿Qué relación existe con la obligación de transparencia activa?
 - c) ¿Se aplica por los Estados la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información?
 - d) Sin perjuicio de la práctica legal de los Estados, ¿es efectivo el ejercicio de este derecho?
5. Las **manifestaciones públicas** son consideradas un ejercicio de la libertad de expresión. En los últimos años hemos visto como estas han sido duramente reprimidas en diferentes lugares de América Latina. En este sentido,
 - a) ¿Qué límites legítimos existen para su ejercicio?
 - b) ¿Cómo se ha desarrollado dicha práctica en América Latina?
6. ¿Qué barreras u obstáculos tienen las personas o grupos que sufren **discriminación estructural** en nuestro continente para ejercer el derecho a la libertad de expresión? ¿Qué medidas concretas se pueden adoptar para superar estas barreras?