



La censura indirecta dentro de los sistemas de protección de derechos humanos: La cara oculta de la libertad de expresión

Francisco R. Barbosa Delgado¹

El presente artículo desarrolla la figura de la censura indirecta, a través de tres tipologías: 1) Intervenciones excesivas frente a las empresas de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet (ISPs), los proveedores de Hosting (alojamiento de datos), las plataformas de la web 2.0 (blogs, plataformas de video, fotos y demás contenidos), y también los directorios y buscadores de Internet, que proveen el servicio de Internet. 2) El abuso de la publicidad oficial. 3) El abuso como autoridad de la inspección, vigilancia y control en cuanto a la asignación y retiro discrecional de licencias de radio y TV y del espectro electromagnético para la prestación de servicios de radio, televisión o valor agregado, construidas a través de la jurisprudencia de los órganos de protección de derechos humanos, tanto en América como en Europa. El artículo muestra cómo la censura indirecta se constituye en uno de los caminos menos explorados jurisprudencialmente frente a la libertad de expresión. Por esta razón, se plantea que deben observarse con detenimiento estos comportamientos del Estado que recaen en muchos casos sobre las nuevas tecnologías de información y telecomunicación (TICs), y que serán materia de discusión y de vigilancia por parte de la sociedad en los próximos años.

Palabras claves: censura indirecta, libertad de expresión, nuevas tecnologías, publicidad oficial, empresas de telecomunicaciones e Internet.

Internet como técnica no modificó de forma esencial la información, modificó su tiempo². La rapidez y la enormidad de esa información hacen que la regulación, en muchos casos engorrosa y proclive a los procedimientos judiciales, sea absolutamente anacrónica³. Internet tiene una connotación dinámica de la información.
Este artículo pretende desentrañar la censura indirecta que utiliza el Estado a través de sus acciones legales.

1 Candidato a Doctor (Ph.D.) en Derecho Público de la Universidad de Nantes (Francia), Magister en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia, Magister en Historia de la Pontificia Universidad Javeriana, Especialista en Relaciones Internacionales de la Universidad Jorge Tadeo Lozano y en Regulación en Telecomunicaciones de la Universidad Externado. Abogado de la Universidad Sergio Arboleda. Desde el año 2007 es investigador del Centro de Investigación de Derecho Social e investigador residente de la MSH (Centro de Ciencias del Hombre) de Nantes. Es profesor visitante de la Universidad de Nantes en el curso sobre "Libertades Públicas" que dirige el profesor de la Universidad de Nantes Jacques Fialaire. *Correo electrónico:* fbarbosa2@gmail.com.

2 Un artículo interesante sobre el tema en: Gregorio, Carlos G., del Instituto de Investigación para la Justicia, trabajo presentado en el Seminario "Gobernanza de Internet y Políticas Públicas de TIC". Quito, Ecuador, 27 y 28 de junio del 2006, organizado por FLACSO con el apoyo de IDRC. En: <http://www.ijiac.org/docs/censura.htm>

3 Sobre este punto se destaca el informe *Silenced: an International Report on Censorship and Control of the Internet, Privacy International y The Green-Net Educational Trust*, septiembre de 2003.

Francisco R. Barbosa Delgado

Introducción

El presente artículo pretende explicar y abordar la noción de censura indirecta, es decir, aquella que realiza el Estado con el propósito de controlar e impedir la información, y con ello evitar cualquier tipo de afectación a su poder. Los métodos de silenciamiento de los Estados se realizan de forma directa o indirecta. Este artículo pretende desentrañar la censura indirecta que utiliza el Estado a través de sus acciones legales.

Para efecto de su entendimiento se construirán varias tipologías, de acuerdo con su constatación en la práctica recurrente de los Estados y en las posibles infracciones en que puede incurrir un Estado. Debe hacerse hincapié en que la jurisprudencia tanto de la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante Corte EDH) como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) no se han pronunciado en la gran mayoría de los casos, lo que lleva a plantear una suerte de anticipación casuística ante un fenómeno dinámico propio de sociedades mundializadas. En ese orden de ideas, se pretende indagar por nuevas formas de limitación de la libertad de expresión por parte del Estado, para así detectar sus nuevas formas de intervención.

Este artículo no comprende la censura directa, las suspensiones generales o las restricciones particulares que constituyen limitantes adicionales al ejercicio de la libertad de expresión en los sistemas de protección de los derechos humanos.

La censura indirecta: nueva forma de poner en riesgo la libertad de expresión

En general, la censura se considera como el acto a través del cual se impide, obstruye y evita la circulación de información de cualquier índole sin consideración de frontera. La Corte EDH expone su definición:

Esta noción implica un desconocimiento a la libertad de expresión en su doble dimensión, una personal y otra colectiva.



"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".

Esta noción implica un desconocimiento a la libertad de expresión en su doble dimensión, una personal y otra colectiva. La primera tiene que ver con la posibilidad de expresar ideas de toda índole sin consideración de fronteras y la segunda, el sacrosanto derecho de la sociedad de estar debidamente informado. En primer orden, la censura pone un freno al emisor de la información porque la impide. En segundo, la sociedad no se entera del atropello porque no se produce la simbiosis entre emisor y receptor de la información, y se configura una violación al derecho. El punto determinante de este artículo tiene que ver con el estudio de uno de los caminos de la censura que, muchas veces, pasa desapercibido en los análisis que se realizan.

Las nuevas tecnologías ponen a prueba los límites cómodamente establecidos por la jurisprudencia para la libertad de expresión y sus continuas colisiones con otros derechos. Los límites y la imposibilidad jurídica de comprensión de estos fenómenos sociales serán el punto de discusión en los próximos años.



JURIDICA

51 | AÑO IV Número 5 | DICIEMBRE DE 2009

4 Corte EDH, *Feldek vs. Slovakia*. Decisión del 12 julio de 2001. Párr. 54, en : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=feldek%20I%20SLOVAQUIE&sessionid=15466842&skin=hudoc-fr>.



La censura indirecta dentro de los sistemas de protección de derechos humanos: La cara oculta de la libertad de expresión

Tipologías de censura indirecta en el Sistema Interamericano y Europeo de Derechos Humanos

La noción de censura indirecta se materializa a través de intervenciones soterradas del Estado, a través de los siguientes mecanismos: 1) Intervenciones excesivas frente a las empresas de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet (ISPs)⁵, los proveedores de *Hosting* (alojamiento de datos)⁶, las plataformas de la web 2.0 (blogs, plataformas de video, fotos y demás contenidos)⁷, y también los directorios y buscadores de Internet, que proveen el servicio de Internet⁸. 2) El abuso de la publicidad oficial. Y 3) El abuso como autoridad de la inspección, vigilancia y control en cuanto a la asignación y retiro discrecional de licencias de

radio y TV, y del espectro electromagnético para la prestación de servicios de radio, televisión o valor agregado.

Antes de abordar el abuso que puede presentarse en la intervención excesiva del Estado frente a las empresas de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet (ISPs), los proveedores de *Hosting* (alojamiento de datos), las plataformas de la web 2.0 (blogs, plataformas de video, fotos y demás contenidos), y también los directorios y buscadores de Internet, deben formularse dos preguntas: ¿Son la jurisprudencia y los principios elaborados sobre la libertad de expresión aplicables a las nuevas tecnologías y, en especial, a Internet? ¿Puede el Estado —bien a través de un acto administrativo, una ley o una decisión judicial— de forma indirecta intervenir la información de un usuario o impedir su acceso a la información?

Antes de ensayar una respuesta a esos problemas debe resaltarse que Internet modificó la forma de producir, recibir y distribuir la información, así como su velocidad. Esta utilidad tecnológica es definida como una red informática compuesta por un conjunto de ordenadores desplegados por todo el mundo y conectados entre sí, intercambiándose información⁹. Para el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas encargado de la libertad de expresión, Internet es un medio de comunicación democrático, porque les proporciona al público y a las personas un acceso a las fuentes de información y les permite a todos participar activamente en los procesos de comunicación¹⁰.



hay una intervención excesiva del Estado frente a las empresas de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet, los proveedores de *Hosting*, las plataformas de la web 2.0 y también los directorios y buscadores de Internet, que proveen el servicio de Internet.

- 5 *Internet Service Provider* - Proveedor de servicios de Internet. Empresa que se encarga de conectar y dar servicio de Internet a sus usuarios por algún medio (cable, inalámbrico, satelital, celular, telefónico, etc.). En: <http://www.alegsa.com.ar/Dic/isp.php>.
- 6 *Hosting* (alojamiento o también conocido como hospedaje *web*, alojamiento *web*, *web site hosting*, *web hosting* o *webhosting*). Es un negocio que consiste en alojar, servir, y mantener archivos para uno o más sitios web. Más importante que el espacio del ordenador que se proporciona para los archivos del sitio *web* es la conexión rápida a Internet. La mayoría de los servicios de hosting ofrecen conexiones que para una persona individual resultarían muy costosas. Usar un servicio de *hosting* permite que muchas compañías compartan el coste de una conexión rápida a Internet para el acceso a los archivos de sus sitios *web*. En <http://www.masadelante.com/faq-hosting.htm>.
- 7 La Web 2.0 es la representación de la evolución de las aplicaciones tradicionales hacia aplicaciones web enfocadas al usuario final. El Web 2.0 es una actitud y no precisamente una tecnología. La Web 2.0 es la transición que se ha dado de aplicaciones tradicionales hacia aplicaciones que funcionan a través de la web, enfocadas al usuario final. Se trata de aplicaciones que generen colaboración y de servicios que reemplacen las aplicaciones de escritorio. En Christian Van Der Henst, *¿Qué es la Web 2.0?*, www.maestrosdelweb.com/editorial/web2/
- 8 Este tema no ha sido abordado por parte de la jurisprudencia de protección de derechos humanos, sin embargo, los doctrinantes han abordado de forma general este nuevo fenómeno dentro del estudio de la libertad de expresión. Entre los doctrinantes se destacan Raduszynski, F., « *Le contrôle de l'information économique et financière propagée au moyen de l'internet*, Th Paris XII, 2002, Aubert, *Concretisation et aménagement de la liberté d'expression sur Internet en droit européen*, Mel, Cohen Jonathan, Bruylant, 2004, p. 99, *Liberté d'expression des adultes et protection des mineurs sur le réseau Internet selon la Cour Suprême des États-Unis*, RDP, 1997, p. 1637, Klebes- Pelissier K, *Internet et la liberté d'expression (à propos de l'arrêt de la Cour Suprême des États Unis*, RUDH, 1998, vol 10, No. 11-12, p. 393 ss, *Liberté d'expression dans le champ de l'audiovisuel et Convention Européenne des droits de l'homme: les nouvelles Technologies*, Mel Robert, *Libertés*, Montchrestien, 1998, p.391 s. Pettiti (LE) *Liberté d'expression et nouvelles Technologies de l'audiovisuel*, Liber amicorum, M-A, Eissen, Bruylant/LGDJ, 1995, p.319 s.
- 9 Información tomada de http://www.coepa.info/intro_internet/definicion_de_internet/index.php.
- 10 Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Relator Especial, Informe E/CN.4/2002/75. Párr. 102 y 110, en O'Donnell, Daniel, *Derecho Internacional de derechos humanos*, Alto Comisionado para los derechos humanos, 2004. P. 688.

Francisco R. Barbosa Delgado

Con respecto a Internet, la CIDH recordó que

...“constituye un instrumento que tiene la capacidad de fortalecer el sistema democrático, contribuir con el desarrollo económico de los países de la región, y fortalecer el pleno ejercicio de la libertad de expresión. Internet es una tecnología sin precedentes en la historia de las comunicaciones que permite el rápido acceso y transmisión a una red universal de información múltiple y variada. Maximizar la participación activa de la ciudadanía a través del uso de Internet contribuye al desarrollo político, social, cultural y económico de las naciones, fortaleciendo la sociedad democrática. A su vez, Internet tiene el potencial de ser un aliado en la promoción y difusión de los derechos humanos y los ideales democráticos, y un instrumento de importante envergadura para el accionar de organizaciones de derechos humanos, pues por su velocidad y amplitud permite transmitir y recibir en forma inmediata condiciones que afectan los derechos fundamentales de los individuos en diferentes regiones”¹¹.

En cuanto a la primera pregunta, debe advertirse que los principios no pueden desaparecer frente a la nueva herramienta, pero sí su forma de aplicación. Internet como técnica no modificó de forma esencial la información, modificó su tiempo¹². La rapidez y la enormidad de esa información hacen que la regulación, en muchos casos engorrosa y proclive a los procedimientos judiciales, sea absolutamente anacrónica¹³. Internet tiene una connotación dinámica de la información. Portales como *Wikipedia* —que permiten modificar información en línea—, chats, blogs —mecanismos de diálogo entre emisor y receptor—, mails, caracterizan este nuevo instrumento de la libertad de expresión. En ese orden de ideas, aunque no exista jurisprudencia en la Corte EDH ni en la Corte IDH, se plantea esta tipología en la medida en que existen antecedentes en derecho interno de eventos que involucran esta forma de intervención, que podría dar a lugar a una carga pública excesiva.

En cuanto a la segunda cuestión, se observa que el análisis de proporcionalidad que adelante el juez es funda-

mental para definir el tema. Es en el escenario judicial donde se debe evaluar por parte del operador de justicia si la intervención fue “excesiva”. Para racionalizar esta calificación es dable que se utilice el test de proporcionalidad, a través de lo cual se determina la carga de la argumentación judicial. Por ejemplo, en Estados Unidos el principio de no intervención del Estado contra los operadores se estableció en la sección 230 de la *Communications Decency Act-1996*-, que indica que los diferentes proveedores y usuarios de servicios informáticos interactivos son inmunes a los reclamos de responsabilidad por información publicada por otros. En Europa, el asunto fue definido por la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo que define los niveles de responsabilidad de los diferentes intermediarios de Internet. En la directiva se establecen el principio de mera transmisión y el Principio de “inexistencia de obligación general de supervisión”. Esta legislación hace que el Estado pierda capacidad de intervención frente a estas empresas de comunicaciones.

Sin embargo, a pesar de estas estrictas regulaciones, las empresas de telecomunicaciones se han visto enfrentadas a problemas de carácter judicial por el tipo de información que incluyen dentro de sus portales. En China, la empresa norteamericana *Google* acordó con ese país que a través de ese buscador los usuarios del servicio no pudieran acceder a ciertas páginas occidentales que promovieran el cambio de régimen¹⁴. En Francia este tema fue objeto de varias controversias. Uno a nivel interno, en el cual se condenó por parte del

Las nuevas tecnologías ponen a prueba los límites cómodamente establecidos por la jurisprudencia para la libertad de expresión y sus continuas colisiones con otros derechos.



11 CIDH, Informe Anual 1999; *Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión 1999*; Capítulo II. *Evaluación sobre el Estado de la Libertad de Expresión en el Hemisferio*; D. Internet y Libertad de Expresión, citado por Informe de la *Relatoría de Libertad de Expresión de la CIDH*, 2008. P.61.

12 Un artículo interesante sobre el tema es el de Gregorio, Carlos G, del Instituto de Investigación para la Justicia, trabajo presentado en el Seminario “*Gobernanza de Internet y Políticas Públicas de TIC*”, Quito, Ecuador, 27 y 28 de junio del 2006, organizado por FLACSO con el apoyo de IDRC en el sitio electrónico <http://www.ijiac.org/docs/censura.htm>

13 Sobre este punto, el informe *Silenced: an International Report on Censorship and Control of the Internet, Privacy International y The GreenNet Educational Trust*, septiembre de 2003.

14 Sobre el particular, Thompson Clive, *Google's China Problem dans*. En “New York Times”, April 23, 2006. http://www.nytimes.com/2006/04/23/magazine/23google.html?_r=4&pagewanted=1&th&emc=th&oref=slogin



La censura indirecta dentro de los sistemas de protección de derechos humanos: La cara oculta de la libertad de expresión

Estado francés al propietario de un café Internet que escaneó un libro comprado legalmente pero censurado por la justicia a través de la suspensión de la línea telefónica¹⁵.

En segundo lugar se encuentra el caso de *Yahoo*, que generó un enfrentamiento entre las autoridades judiciales norteamericanas y francesas por la imposibilidad de sancionar ese portal por permitir subastas de objetos nazis¹⁶. Sobre este punto, la discusión entre las dos administraciones de justicia se planteó desde la competencia de los jueces. Para el juez francés¹⁷, Francia tenía competencia sobre ese asunto, incluso si la sede de *Yahoo* era en Estados Unidos. Para los norteamericanos, Francia no tenía competencia de ningún tipo sobre el tema, porque el servicio se produjo en territorio estadounidense. Para efecto de sancionar es necesario tener en cuenta solamente el origen y la sede del servicio y no el destinatario del mismo. Esta situación produjo una discusión que puso en evidencia la problemática regulación de Internet cuando se encuentran dos Estados en controversia frente a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad.

Por último, debe rescatarse el caso de Argentina con los portales *Google* y *Yahoo*, a los que una jueza de la dictadura les exigió vía judicial —medidas cautelares—¹⁸ el retiro de su nombre del portal de Internet. Esta acción constituye una censura indirecta en la medida en que evita que la información pueda ser conocida por la sociedad¹⁹.

Renucci señala,

Los años que vienen darán lugar a extraordinarias aventuras, pero asimismo presentarán nuevos peligros, notablemente en su relación con los derechos fundamentales²⁰.

Las nuevas tecnologías ponen a prueba los límites cómodamente establecidos por la jurisprudencia para la libertad de expresión y sus continuas colisiones con otros derechos. Los límites y la imposibilidad jurídica de comprensión de estos fenómenos sociales serán el punto de discusión en los próximos años. El caso de la pornografía infantil y la persecución contra los pederastas es un ejemplo interesante sobre el acuerdo entre los Estados frente a las nuevas tecnologías²¹. En todo caso, la aplicación racional y no algorítmica del principio de proporcionalidad puede dar algunas luces para resolver el problema. Al final de cuentas, la respuesta permitirá determinar el grado de apreciación del Estado frente a este tipo de censura indirecta.

Abuso frente al otorgamiento de la publicidad oficial

El abuso de la publicidad oficial de los medios de comunicación se constituye en una forma de censura indirecta en la medida en que “direcciona” la información por parte del medio, perdiendo su autonomía y su independencia²². Este tipo de publicidad puede ser definida

- 15 Maillard, Julien, *Freedom of Speech, The Internet and the cost of control : The French example dans International Law and Politics*. Vol. 33, 2001. P.1180.
- 16 Los hechos de ese caso son los siguientes: en el portal *Yahoo* americano se podía acceder a una subasta de objetos nazis de la Segunda Guerra Mundial. Ante esta situación, la *Ligue Internationale contre le racisme et l'antisemitisme et l'Union des étudiants juifs de France* (UEJF) interpuso una demanda contra *Yahoo* en Francia, en la medida en que a través de Internet se podía acceder a la subasta, aún advirtiendo que el acceso se daba en la página de yahoo.us y no en la página yahoo.fr. El juez francés indicó: “en permettant la visualisation en France de ces objets et la participation éventuelle d'un internaute installé en France à une telle exposition-vente, Yahoo Inc commet une faute sur le territoire français. Le dommage étant subi en France, notre juridiction est donc compétente”. La Corte Federal de California rechaza ese argumento en la medida en que no acepta esa competencia extendida que preconizaba el juez francés dans Latrive, Florent, *L'internet, Le livre noir de la censure*, Seuil, Paris, 2008. P. 104-107 et United-States district Court for the Northern District of Californi, San Jose Division, 7 nov. 2002.
- 17 T.G.I Paris, 22 mai, 2000 (UEJF c Yahoo). France dans www.meldpunt.nl/juris/yahoo1.html.
- 18 Estas medidas fueron tomadas en el marco del derecho interno argentino. No tienen relación con las nociones de medidas derivadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- 19 Sobre este caso en Argentina, véase Less Andrade, Pedro. *La Censura previa nunca es un buen modelo*, en Blog oficial de Google para América Latina. Información encontrada en <http://googleamericalatinablog.blogspot.com/2008/10/la-censura-previa-nunca-es-un-buen.html>
- 20 Renucci, Jean Francois. *Traité de droits européen des droits de l'homme*, LGDJ, Paris, 2007. P.181.
- 21 Sobre este punto se destaca el trabajo conjunto de los Estados en la persecución, a través de la INTERPOL (International Criminal Police Organization), de sitios en la red que promueven la pornografía infantil. La regulación común también es un mecanismo utilizado por los Estados sobre el particular. Véase el *Libro Verde sobre la protección de menores y de la dignidad humana en los servicios audiovisuales de información* y la *Resolución del 27 de febrero de 1996*, del Consejo de Telecomunicaciones de la Unión Europea.
- 22 Informe *El precio del silencio "Abuso de publicidad oficial y otras formas de censura indirecta en América Latina."* Asociación por los Derechos Civiles, Iniciativa Pro-Justicia de la Sociedad Abierta. Buenos Aires, 2008.

Francisco R. Barbosa Delgado

como pagada o no pagada. La publicidad "no pagada" según la Oficina del Gabinete del Reino Unido²³, "*incluye los comunicados de prensa, los textos de leyes o sobre reuniones legislativas, e información que cuenta con respaldo del gobierno pero que puede ser pagada por un particular*". La publicidad pagada "*incluye los anuncios pagados en la prensa, la radio o la televisión, el material de software y video producido por el gobierno o patrocinado por éste, la campañas a base de folletos, el material publicado en Internet, las exposiciones, etc.*"²⁴.

En América Latina y en Europa la regulación sobre el tema es bastante general y, en esa medida, no existen decisiones jurisprudenciales derivadas de los órganos de protección de derechos humanos sobre protección a la libertad de expresión, debido en parte al proceso de desregulación en todos los ámbitos del Estado. Solamente en Europa existe la Convención Europea sobre televisión fronteriza²⁵, que precisa que "*los límites de los spots publicitarios son del 15% del tiempo de retransmisión cotidiano y del 20% por hora de transmisión. Está previsto que no puede haber cortes antes de los 45 minutos de transmisión*"²⁶. Estos límites se plantean no desde el origen de esos fondos sino del límite temporal sin especificar el tema de forma suficiente²⁷.

Dirección de la pauta oficial a medios de comunicación afines al Gobierno

En América Latina ha sido una práctica recurrente que los gobiernos ofrezcan pauta oficial a los medios de comunicación con el fin de controlar los contenidos y evitar que se produzca información que sea contraria

Es necesario que exista una regulación precisa que impida todo tipo de excesos del Estado en el otorgamiento de publicidad oficial a ciertos medios de comunicación favorables a los gobiernos de turno. Una ausencia de regulación sobre el particular plantearía la existencia de una potencial censura indirecta.

a sus intereses. Según el Informe de 2003 de la Relatoría de Libertad de Expresión, el Estado puede realizar asignaciones negativas o positivas con relación a la pauta, configurándose en ambas un resquebrajamiento de la libertad de expresión. Según el órgano de trabajo de la CIDH, la asignación negativa "*se otorgaría a una persona o un medio de comunicaciones para inducirlo a no informar desfavorablemente sobre quienes están en el poder*". Por su lado la asignación positiva exige "*que el beneficiario se exprese favorablemente para recibir los fondos estatales*"²⁸.

Debe indicarse que gran parte del problema surgido frente a esta tipología se encuentra en la imprecisión de la ley que regula este tipo de leyes.

En Europa, aunque la Corte EDH no se ha pronunciado de forma puntual sobre la publicidad oficial, ha puesto de presente que la ley en todos los casos debe ser precisa y no permitir la discrecionalidad²⁹. Esta manifestación jurisprudencial pone en evidencia que la publicidad oficial juega un papel importante en el desarrollo de los medios de comunicación por parte de los Estados. En ese orden de ideas, es necesario que

23 Véase *Government Printing and Advertising*, disponible en http://www.cabinet-office.gov.uk/central/1999/workgis/annex_a.htm, tomado de *Informe de la Relatoría de Libertad de Expresión de la CIDH*, 2007, capítulo 6.

24 *Informe de la Relatoría de Libertad de Expresión de la CIDH*, 2007, capítulo 6.

25 Esta Convención entró en vigor el 1 de mayo de 1993. Su texto se encuentra en http://www.admin.ch/ch/f/rs/0_784_405/index.html.

26 Los límites de los spots publicitarios son del 15% del tiempo de retransmisión cotidiana y del 20% por hora de emisión (art 12). Igualmente se prevé que los cortes no se pueden presentar antes de 45 minutos de difusión en Cohen- Jonathan, G, *Liberté d'expression et publicité*, RD, 1986, No, special « *La publicité en Europe* » dans Renucci, Jean Francois, *Traité de droits européen des droits de l'homme*, LGDJ, Paris, 2007, p.172.

27 Es importante resaltar el trabajo realizado en Francia por la Comisión Parlamentaria dirigida por el parlamentario Jean Francois Copé, en la cual se discutió sobre televisión pública en el país. El trabajo parlamentario generó un importante debate sobre el rol del Gobierno frente a los medios de comunicación y la información que estos emiten. Véase el informe en el sitio electrónico <http://www.lepoint.fr/actualites-medias/le-rapport-cope-innovations-et-impasses/1253/0/255443>.

28 *Informe de la Relatoría de libertad de expresión de la CIDH*, 2003, en el sitio electrónico <http://www.cidh.oas.org/relatoria/docListCat.asp?catID=22&IID=2> y *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights (2003)*, OEA/Ser.L/V/II.118, Doc. 70 rev. 2, (29 de diciembre de 2003) P. 179-200.

29 Corte EDH, *Caso de Vgt Verein gegen Tierfabriken vs. Suiza*, del 28 de junio de 2001. En : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=15571975&skin=hudoc-fr&action=request>. Debe tenerse en cuenta que, a pesar de que este caso resuelto por la Corte EDH se refiere a la



La censura indirecta dentro de los sistemas de protección de derechos humanos: La cara oculta de la libertad de expresión

exista una regulación precisa que impida todo tipo de excesos del Estado en el otorgamiento de publicidad oficial a ciertos medios de comunicación favorables a los Gobiernos de turno. Una ausencia de regulación sobre el particular plantearía la existencia de una potencial censura indirecta.

En América Latina, los casos abundan en la práctica, pero son ausentes en la jurisprudencia. En ese sentido se destacan algunos ejemplos: como en el Perú, el ex jefe de inteligencia del Presidente Alberto Fujimori (1990- 2000), Vladimiro Montesinos, quien realizó grandes pagos a los propietarios de medios de comunicación a cambio de que modificaran su postura editorial²⁹. En igual sentido, en el año 2007, el vicepresidente de Costa Rica renunció a su cargo, luego de

un escándalo en el que él y otro funcionario público buscaran una cobertura periodística favorable a cambio de contratos publicitarios. En el mismo año, el periódico paraguayo ABC denunció al Gobierno de ese país por utilizar generosos contratos publicitarios para evitar coberturas periodísticas críticas³¹.

Otra práctica constatada en el informe sobre publicidad oficial de 2008 en América Latina³² se presenta a través del favorecimiento de pauta, utilizando procesos de contratación directa en Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Honduras y Uruguay. En ese sentido, la independencia y la autonomía de los medios se pierde. La censura se estructura en la medida en que los emisores de la información son coartados a no informar de forma objetiva y la sociedad no recibe una información que le permita ser libre y democrática³³.



En América Latina y en Europa la regulación sobre el tema es bastante general y, en esa medida, no existen decisiones jurisprudenciales derivadas de los órganos de protección de derechos humanos sobre protección a la libertad de expresión, debido en parte al proceso de desregulación en todos los ámbitos del Estado.

Retiro de pauta por molestias sobre contenidos de los medios de información

Los medios de comunicación requieren pautar para efectos de financiar sus espacios de información. En algunos casos se han constatado en América Latina retiros de pauta oficial. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de Argentina indicó que el Gobierno de la provincia de Neuquén había violado el derecho a la libre expresión del diario *Río Negro*

29 negativa de una estación de radio de aceptar publicidad de una empresa productora de carne —organización privada— por “consideraciones políticas”, el Tribunal Europeo consideró que la ley impugnada no permitía anuncios políticos en la radio y televisión, pero sí en otros medios, lo que condujo a cuestionar su aspecto discriminatorio.

30 Por ejemplo, “Samuel y Mendel Winter, ex directores del Canal 2 de televisión con sede en Lima (Frecuencia Latina), fueron sentenciados a cinco años de prisión y pagaron \$250 mil en multas por haber recibido pagos de Montesinos a cambio de su apoyo editorial a la reelección del presidente Fujimori. Los hermanos Winter fueron liberados de prisión en junio de 2004, luego de haber cumplido dos terceras partes de sus cinco años de sentencia. Otros directores de medios se encuentran actualmente prófugos, como el ex director de Televisión Andina, Julio Vera Abad, también acusado de aceptar pagos del gobierno de parte de Montesinos a cambio de modificar la línea editorial del Canal 9 a favor del gobierno de Fujimori”. En *Hermanos Winter saldrán en Libertad*, Agencia Perú (servicio de noticias online), 2 de junio de 2004. Disponible en www.agenciaperu.com/actualidad/2004/jun/winters_libres.htm. También en *Piden diez años de prisión para ex directivo de televisión Julio Vera Abad*, Radio Programas del Perú, 11 de mayo de 2006. Disponible en www.rpp.com.pe/portada/politica/38170_1.php. Y el Informe *El precio del silencio Abuso de publicidad oficial y otras formas de censura indirecta en América Latina*, en Asociación por los Derechos Civiles Iniciativa Pro-Justicia de la Sociedad Abierta, Buenos Aires, 2008. P. 356.

31 Informe *El precio del silencio Abuso de publicidad oficial y otras formas de censura indirecta en América Latina*. Asociación por los Derechos Civiles Iniciativa Pro-Justicia de la Sociedad Abierta, Buenos Aires, 2008. P. 11.

32 Informe *El precio del silencio Abuso de publicidad oficial y otras formas de censura indirecta en América Latina Asociación por los Derechos Civiles Iniciativa Pro-Justicia de la Sociedad Abierta*, Buenos Aires, 2008.

33 Sobre ese punto la Corte IDH, en “La Colegiación Obligatoria de Periodistas” (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *Opinión Consultiva OC-5/85* del 13 de noviembre de 1985. P. 70 Serie A No. 5, señaló: “La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también conditio sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”. En: <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>.

Francisco R. Barbosa Delgado

al retirarle la pauta publicitaria en represalia por sus coberturas críticas en lo que constituyó un acto de censura indirecta³⁴.

Otro caso se presentó en Costa Rica, donde el presidente Abel Pacheco les ordenó a los miembros de su Gobierno que dejaran de pautar en *La Nación*, el periódico más importante del país, como represalia por sus coberturas críticas. En el año 2004, el Gobierno del presidente Abel Pacheco tomó la decisión política de retirar la publicidad oficial a los medios pertenecientes al Grupo *La Nación* a causa de sus críticas acerbas contra su gestión³⁵. Esta actitud en algunos países de la región se ha convertido en una práctica sistemática³⁶.

En Europa, el asunto ha sido objeto de discusiones en el seno del Consejo de Europa, en donde se ha señalado que la pauta oficial es un elemento esencial para el funcionamiento de los medios y tiene en cuenta que, como lo señaló el Comité de Ministros, debe velarse porque la libertad de expresión se ejerza de una forma transparente y bajo estándares objetivos³⁷. Esta postura de la Unión Europea plantea que el Estado goza de un margen de apreciación amplio para regular el tema. Es sabido que en Italia la publicidad estatal ha interferido en el buen funcionamiento de los medios de comunicación³⁸.

Abuso a través de la autoridad de inspección, vigilancia y control³⁹

El Estado regula el servicio público de comunicaciones. Tanto en el sistema americano como el europeo se permite que el Estado regule los servicios públicos, y en especial, regula la libertad de pensamiento y expresión. Es así como el artículo 10 de la CEDH indica "que los Estados pueden someter a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa". Esta restricción no se plantea en la CADH, pero es posible contemplarla dentro de las legislaciones de los Estados en el marco de la necesidad y la proporcionalidad. Esta acción se ejerce a través de las autoridades de inspección, vigilancia y control. Sus acciones se enfocan hacia la asignación de licencias para la prestación del servicio público de telecomunicaciones y la asignación del espectro electromagnético como recurso escaso. Por ejemplo, el Consejo de Europa indicó sobre el control de la radiodifusión que

"Una reglamentación del Estado sobre la organización de la radiodifusión es posible, pero las medidas de autorización no pueden escapar a las exigencias del segundo párrafo del

- 34 Corte Suprema de Justicia de Argentina, septiembre de 2007, tomada de Informe *El precio del silencio Abuso de publicidad oficial y otras formas de censura indirecta en América Latina*. Asociación por los Derechos Civiles Iniciativa Pro-Justicia de la Sociedad Abierta, Buenos Aires, 2008. En la decisión, el tribunal le ordenó al Gobierno de Neuquén que cesara en su práctica de asignar fondos por publicidad oficial en forma discriminatoria y que presentara, en el lapso de 30 días, un plan de distribución de la publicidad que estuviera de acuerdo con los principios explicitados en la sentencia. El Tribunal remarcó que la libertad de expresión puede ser violada no sólo por la interferencia directa del Gobierno, sino también por la adopción de medidas, tales como las prácticas abusivas en materia de publicidad oficial, que pueden afectar indirectamente la libertad y la independencia editoriales. En suma, la Corte consideró que el retiro de la publicidad llevado a cabo por el Gobierno de Neuquén no estaba razonablemente justificado, y que dicha represalia había constituido una violación de la libertad de expresión, sin que fuera necesario que el diario probara que había sufrido un perjuicio económico. Es deber último del Poder Judicial, estimó la Corte, proteger la libertad de expresión y un debate democrático robusto.
- 35 Informe *El precio del silencio Abuso de publicidad oficial y otras formas de censura indirecta en América Latina*. Asociación por los Derechos Civiles Iniciativa Pro-Justicia de la Sociedad Abierta. Buenos Aires, 2008.
- 36 Sobre este particular, téngase en cuenta por ejemplo la acción del Gobierno de decisión Guyana de realizar el mismo procedimiento descrito en el caso argentino, al retirar su pauta del periódico *Stabroek News* por su acción crítica contra el régimen imperante.
- 37 Recomendación No R (99) 1, Comité de Ministros, Consejo de Europa, en *Medidas para promover el pluralismo de los medios* (adoptada el 19 de enero de 1999).
- 38 Sobre este aspecto se destaca el *Documental Viva Zapatero*, seleccionado en la 62 muestra de Cine de Venezuela, 2005. De la periodista italiana Sabina Guzzanti, 2006.
- 39 Sobre este tema de regulación, ver Cassese A et Clapham (A), (éd), *La télévision transfrontière en Europe dans la perspective de droits de l'homme, Nomos 1990 et Libertés fondamentales et télévision européenne*, RCADE, Florence, 1990.



JURÍDICA

57 | AÑO IV Número 5 | DICIEMBRE DE 2009



La censura indirecta dentro de los sistemas de protección de derechos humanos: La cara oculta de la libertad de expresión

artículo 10 de la Convención Europea de derechos humanos⁴⁰.

La asignación de licencias y de espectro electromagnético genera, en muchos casos, la posibilidad del Estado de revocarlas de forma unilateral y, de paso, impedir el uso del espectro electromagnético como recurso escaso que desconoce el debido proceso. Esto lleva a entender que la acción del Estado, que en principio es legítima, puede tornarse en una censura indirecta de acuerdo a la tipología que se expondrá a continuación.

Asignación y retiro discrecional de licencias de radio y TV

Este aspecto es muy importante en cuanto al acceso de la libertad de expresión. Los Estados establecen que la asignación de títulos habilitantes convergentes de telecomunicaciones o licencias para la prestación de servicios específicos⁴¹ es el mecanismo para acceder a la prestación de los servicios de telecomunicaciones. La asignación discrecional de los títulos habilitantes constituye una de las fuentes de control de los medios de comunicación, si se toma en cuenta que son los Gobiernos los que fijan de forma administrativa los requisitos para acceder a esas licencias. En muchos casos, las condiciones financieras establecidas en

los pliegos de condiciones se constituyen en una barrera de entrada para los interesados en una licencia, lo que beneficia a las grandes empresas que controlan la información y, por supuesto, son controlados por los Gobiernos⁴². Estas formas de acceder a las licencias imponen un límite al pluralismo democrático y al debate público. En la Declaración Interamericana de Principios sobre la Libertad de Expresión se indica sobre este particular que

"el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión (...) con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y debe estar expresamente prohibido por la ley"⁴³.

En el mismo sentido, el artículo 13 de la CADH indica que

"no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares (...) de frecuencias radioeléctricas (...) o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones".

En América Latina, esta causal se incrementó toda vez que algunos países se encontraban gobernados bajo dictaduras militares y otros apenas salían de ese flagelo, encontrándose presionados por el antiguo *statu quo*⁴⁴. En cada uno de

40 DH-MM, *Comité d'experts pour les moyens de communication de masse*.

41 Sobre este aspecto debe considerarse que en Europa existe una licencia única de Telecomunicaciones con la cual es posible prestar servicios de televisión, radio, valor agregado –Internet–. En América Latina, el régimen que impera es el de la licencia por servicios, es decir, se otorga una autorización para prestar un servicio, desconociendo la noción de unidad de redes y de servicios que plantea que por una red se presten una multiplicidad de servicios. Merced al debate europeo, en América Latina se ha iniciado un proceso legislativo acogiendo estos servicios. En Colombia, por ejemplo, se expidió el Decreto 2478 del 13 de septiembre de 2007, por medio del cual se aceptó el título habilitante convergente.

42 Sobre este particular vale la pena indicar algunos ejemplos. En Argentina, la ley obliga que en la decisión de otorgamiento de licencias participen los representantes de las fuerzas armadas. En el año 2005, el Ex Presidente Néstor Kirchner emitió el Decreto 527/2005, del 20 de mayo de 2005, por medio del cual se prorrogaron administrativamente las licencias de telecomunicaciones por un tiempo de 10 años. En Uruguay existe el Decreto 734 de 1978 que le permite al Estado otorgar licencias de radio y televisión. Para acceder a las licencias es necesario demostrar una capacidad económica y otorgar un depósito en garantía, lo que hace que el acceso al título habilitante sea muy difícil para los pequeños operadores. En el Perú, entre "1980 y 2000 el gobierno peruano adjudicó la mayor parte de las licencias a emisoras de radio y TV vinculadas al partido político del gobierno. La administración del autoritario presidente Alberto Fujimori (1990–2000) cerró emisoras que habían estado funcionando por varios años a la espera de una licencia, para asignar las frecuencias a medios ligados a su gobierno. De las 269 licencias solicitadas en todo Perú entre junio de 2005 y junio de 2007, solamente seis corresponden a medios comunitarios. Cinco están en proceso y una fue denegada". En Informe *El precio del silencio Abuso de publicidad oficial y otras formas de censura indirecta en América Latina*. Asociación por los Derechos Civiles Iniciativa Pro-Justicia de la Sociedad Abierta, Buenos Aires, 2008. P.171-173.

43 *Declaración Interamericana de Principios sobre la Libertad de Expresión*, adoptada en la 108 Sesión Ordinaria, 19 de octubre de 2000. Párr. 13.

44 Esta situación se presentó particularmente en el caso de Argentina, en donde la democracia se presentó en el año de 1983 con la elección del Presidente de la Unión Cívica radical Raúl Alfonsín, quien durante su mandato sufrió varios golpes de Estado, que se prolongaron hasta el año de 1990 cuando el país se encontraba bajo el Gobierno del peronista, Carlos Saúl Menem, Véase Lanata, Jorge, *Argentinos II*, Lecturas Biblioteca, 2003; García, Prudencio, *El Drama de la Autonomía Militar*. Alianza Editorial, 1995; y Varas, Augusto, *La autoría militar en América Latina* en el artículo de Andrés Fontana, "De la crisis de las Malvinas a la subordinación condicionada". Editorial Nueva Sociedad.

Francisco R. Barbosa Delgado

esos países la censura fue masiva. En un principio, la CIDH en el caso ABC Color contra Paraguay⁴⁵ consideró que en caso de que el Estado utilice ese tipo de censura, debe permitírsele al afectado el debido proceso. Esta decisión permitió inferir que era posible la censura pero con debido proceso. Con posterioridad, la CIDH se pronunció de una forma más aguda en el caso Radio Ñanduti contra Paraguay⁴⁶ y advierte que no se podía 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.

De otra parte, la Corte IDH consideró en el caso Ivcher Bronstein⁴⁷ que la privación de la nacionalidad a este ciudadano implicó un medio indirecto de restringir la libertad de expresión, en la medida en que era socio mayoritario de un canal de televisión y la posibilidad de detentar ese control ser derivaba de su calidad de peruano. Al perder la calidad, perdió su propiedad en el canal y se afectó su libertad de expresión.

Según el informe anual del año 2007 de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH, la censura gubernamental se presentó de forma masiva en emisiones en Argentina, Colombia, Perú⁴⁸ y Brasil. Un ejemplo de lo anterior se presentó en la ciudad de San Rafael (Argentina), en la cual un

juez dispuso la cancelación de ciertas emisiones radiales con fundamento en razones de seguridad nacional⁴⁹. Otro ejemplo se presentó con la revocación de 275 adjudicaciones de títulos habilitantes de radiodifusión por parte del Gobierno del ex presidente Fernando De la Rúa, luego de haber sido concedidas por el Gobierno de Menem. La razón: ilegalidad en la concesión. Gran parte de las licencias fueron otorgadas a los copartidarios del Gobierno⁵⁰.

Por el lado europeo no existe una restricción puntual en el artículo 10 de la CEDH; sin embargo, esta disposición no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión, a un régimen de autorización previa. De hecho, en el Consejo de Europa se consideró que

El Estado no puede tener un poder discrecional: debe actuar de manera que tienda a proteger la libertad de información notablemente contra las concentraciones excesivas⁵¹.

En el caso *Informationsverein Lentia*⁵² la Corte EDH condenó al Estado austríaco por negar sin sustento una licencia que permitió la difusión de programas radiales o de TV, y advierte que el Estado tiene un amplio margen de apreciación en cuanto a la regulación de aspectos técnicos en telecomunicaciones⁵³. Sin embargo, esa decisión contradice varias decisiones de la Corte EDH⁵⁴ en las cuales le reconoce al Estado

45 CIDH. *Affaire ABC Color vs. Paraguay*, del 17 mayo de 1984. En este caso el Gobierno paraguayo ordenó el cierre del Diario "ABC Color", que se editaba en la ciudad de Asunción, Paraguay, y cuyo director, Aldo Zucillo, guardaba arresto domiciliario después de haber permanecido detenido por ocho días. El Estado paraguayo argumentó las razones de su decisión basado en que dicho periódico ponía en peligro la paz de la nación y la estabilidad de las instituciones públicas al publicar opiniones sediciosas y permitir que grupos políticos irregulares participaran en sus columnas de opinión o transmitiendo propaganda. Información detallada en: <http://www.cidh.org/annualrep/83.84sp/Paraguay9250.htm>

46 C IDH, Informe No. 14/87, caso 9642, *Radio Ñanduti contra Paraguay*, del 28 de marzo de 1987. En : <http://www.cidh.org/annualrep/86.87sp/Paraguay9642.htm>.

47 Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, del 6 de febrero de 2001. En: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

48 Un ejemplo de esto se constata cuando la periodista Glenda Mello Pinedo denunció que su emisión "Enfoques", presentada por Televisión Tarapoto, fue sacada del aire por las críticas contra el Alcalde de Tarapoto, quien es al mismo tiempo el accionista mayoritario de la empresa. En *Informe Anual de la Relatoría de Libertad de Expresión de la CIDH (2007)*. P.145. En: <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=725&IID=2>

49 *Informe Anual de la Relatoría de Libertad de Expresión de la CIDH (2007)*. P. 29-30. En: <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=725&IID=2>

50 El decreto del 24 de diciembre de 1999, dictado para suspender las licencias otorgadas por el Comité Federal de Radiodifusión (COMFER), estableció en su artículo 1 la suspensión: "como máximo por el término de 180 días hábiles administrativos todas las resoluciones dictadas por el Comité Federal de Radiodifusión por las cuales se adjudicaron licencias para la instalación, funcionamiento y explotación sonora por modulación de frecuencia, de acuerdo con lo dispuesto por el dec. 310/98".

51 DH-MM, *Comité d'experts pour les moyens de communication de masse*.

52 Corte EDH, *Informationsverein Lentia c Austria*, del 24 noviembre de 1994. En: www.echr.coe.int/echr

53 Yutaka Arai, Fried Van Hoof, Edwin Bleichrodt, Arjen Van Rijn, Cees Flinterman, Ben Vermeulen, Aalt Willem Heringa Marc, Viering Jeroen Schokkenbroek, Leo Zwaak, Pieter Van Dijk, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Antwerpen/Oxford, 2007. P. 808-810.

54 Corte EDH, *Caso Tele 1 Privatfernsehgesellschaft mbH*, del 21 de septiembre de 2000. Párr. 18. Caso Demuth, del 5 de noviembre de 2002. Para. 44.



La censura indirecta dentro de los sistemas de protección de derechos humanos: La cara oculta de la libertad de expresión

su capacidad de gestionar sus licencias si se toma en cuenta la necesidad de éstas en una sociedad democrática⁵⁵.

JURÍDICA



En Europa, la legislación y las decisiones de la Corte EDH, por el contrario, plantean el asunto en el marco de una mayor libertad, como se ha constatado en la mayoría de las tipologías expuestas, dando a entender que cualquier medida debe tomarse conforme a las necesidades democráticas del país.

Tanto en América Latina como en Europa se han presentado censuras indirectas sobre el uso de licencias. En América, el asunto sigue vinculado al espectro político como lo denotan los múltiples casos relacionados con cambios de Gobierno. En ese sentido, la Corte IDH ha considerado que los márgenes de apreciación del Estado son restringidos y cierra la posibilidad de aceptar otorgamientos o revocaciones de licencias de forma autónoma. En Europa, la legislación y las decisiones de la Corte EDH, por el contrario, plantean el asunto en el marco de una mayor libertad, como se ha constatado en la mayoría de las tipologías expuestas, dando a entender que cualquier medida debe tomarse conforme a las necesidades democráticas del país.

Asignación discrecional de espectro electromagnético para la prestación de servicios de radio, televisión o valor agregado

Desde el punto de vista técnico, el espectro es el conjunto de ondas electromagnéticas⁵⁶ ordenadas por la magnitud de la frecuencia⁵⁷ (o por la longitud de onda, que son cantidades inversamente proporcionales). En el campo jurídico se define como un bien público que forma parte del territorio del Estado respectivo, es imprescriptible, inenajenable e inembargable, y se encuentra sujeto a la gestión y control del Estado⁵⁸. En ese orden de ideas, las decisiones del Estado se encuentran atadas a las asignaciones de títulos habilitantes únicos.

En algunos casos, los Estados retardan de forma excesiva la adjudicación de títulos y de espectro, argumentando que es un recurso escaso y que no existe obligación legal o simplemente que no le interesa abrir los espacios de comunicación a otros actores distintos a los mayoritarios⁵⁹. En el caso europeo, la extinta CEDH⁶⁰ indicó que la información debe circular naturalmente, asegurándose todos los medios técnicos para su difusión. Con posterioridad, el tribunal europeo consideró que la información debe circular sin consideración de fronteras⁶¹. En igual sentido se pronunció en el caso *Autronic* contra Suiza⁶², protegiendo la libertad de circulación de la información a partir del principio del público de recibir emisiones de televisión provenientes de un satélite.

55 Esta noción se desarrollará en el análisis del principio de proporcionalidad. Sin embargo, debe advertirse que si el Estado niega una licencia utilizando razones discriminatorias se infringiría la libertad de expresión. Sobre un tema análogo se destaca el caso *Murphy* contra Irlanda en la Corte EDH- 10 julio /2003, en el cual se condenó al Estado por negar impedir un comercial, esgrimiendo razones religiosas. Párr. 77-81.

56 Las características de las ondas electromagnéticas son las siguientes: 1. Los campos eléctricos y magnéticos son perpendiculares a la dirección de propagación; 2. La frecuencia de una onda es el número de vibraciones por segundo; 3 La longitud de onda es igual a la distancia entre dos crestas o dos valles; 4. La amplitud es la intensidad máxima del campo eléctrico o magnética.

57 Se define la frecuencia como número de ciclos que se producen en un segundo.

58 El organismo internacional que otorga las pautas a los Estados para su regulación interna es la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT). Para mayor información, véase: <http://www.itu.int/net/home/index-fr.aspx>.

59 Un caso en el continente americano es el de Colombia, en el cual la Corte Constitucional, a través de la sentencia T-460 de 2006, obligó al Gobierno colombiano a abrir una convocatoria pública para la concesión del servicio público de radiodifusión comunitaria.

60 CEDH, *Sentencia X y Y contra Belgica*, del 13 de mayo de 1982. En:

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>. Sobre esta decisión el profesor G. Cohen- Jonathan se pronunció en su obra *La libre circulation des informations par satellite*. 1990. P. 313s.

61 Corte EDH, *Sentencia Groppera Radio AG c Suiza*, del 28 de marzo de 1990. En:

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>.

62 Corte EDH, *Sentencia Autronic AG c Suiza*, del 22 de mayo de 1990. En:

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>.

Francisco R. Barbosa Delgado

La decisión del Estado tiene que permitir la puesta en marcha de los medios para que la información se produzca y, con ello, el debate político se enriquezca. En caso contrario, la censura indirecta primará y se cerrarán los grifos de la pluralidad informativa y convierte la sociedad en un receptáculo de desinformación.

Las nuevas tecnologías de información y telecomunicación (TICs) plantean desafíos en cuanto a la protección de la libertad de expresión, en la medida en que las intervenciones del Estado se realizan sobre objetos que hasta el momento habían sido soslayados por la doctrina y, en gran parte, por la jurisprudencia.

Consideraciones finales

La censura indirecta es otra forma de desconocer la libertad de expresión en sus dimensiones individuales y colectivas.

En la primera expresión el individuo es coartado en la producción de la información, bien porque no se le permite tener los medios para expresarse o porque se ejerce una autocensura en el emisor de la información, producto de un temor a la reacción estatal. Ésta se materializa a través de una acción legal de revocar o suprimir el derecho a publicar⁶³.

La segunda dimensión es la consecuencia de la primera medida, en que merced a la no producción de la información la sociedad no es informada y, por ende, no tiene los elementos para discernir sobre su propia libertad.

Como la asignación de licencias, el proceso de asignación de espectro electromagnético que permite el funcionamiento de un canal de televisión o una emisora de radio, le permite al Estado censurar de forma indirecta.

Tanto la Corte IDH como la Corte EDH han tomado en consideración que la libertad de expresión tiene un interés colectivo que debe ser protegido⁶⁴ y respetado dentro de la sociedad⁶⁵. Una acción excesiva del Estado conducirá a poner en peligro los cimientos de la democracia⁶⁶ en la medida en que el ciudadano requiere de una información veraz con dos fines (i) la utilización del sufragio universal y (ii) su participación activa dentro de la sociedad civil⁶⁷. El primero de estos elementos fue determinante en la construcción inicial del Estado liberal en el siglo XIX⁶⁸. El segundo se configuró durante el siglo XX, pero su concepción definitiva se clarificó luego de la Segunda Guerra Mundial con la formulación de modelos institucionales de inclusión ciudadana.

Las nuevas tecnologías de información y telecomunicación (TICs) plantean desafíos en cuanto a la protección de la libertad de expresión en la medida en que las intervenciones del Estado se realizan sobre objetos que hasta el momento habían sido soslayados por la doctrina y, en gran parte, por la jurisprudencia. Es así como en el presente artículo se desarrollaron tres tipologías novedosas que explican la censura

63 En este punto podría darse el ejemplo de lo ocurrido con la revista francesa "L'express" frente al caso de la publicación de las caricaturas contra el ala terrorista del Islám publicadas por el hebdomadaire "Charlie Hebdo". El propietario de la revista le ordenó al director no publicarlas porque eso repercutiría negativamente en sus negocios. Ante esta razón, el Director del medio renunció. En el documental *C'est dur d'être aimé par des cons de Daniel Leconte, "Festival de Cannes, sélection officielle, hors compétition"*, TF1, 2009 y el libro de Philippe Val, *Reviens Voltaire, Ils sont devenus fous*, Grasset, Paris, 2008.

64 Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 2 de julio de 2004. Serie C No. 107. Párr. 112 y 113; *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111. Párr. 82 y 83; y *Caso Kimel*, supra nota 8. Párr. 87.

65 Oetheimer, Mario, *L'harmonisation de la liberté d'expression en Europe : Contribution à l'étude de l'article 10 de la Convention Européenne des droits de l'homme et son application en Autriche et au Royaume-Uni*. Éditions Pedone, 2001. P.60.

66 Un ejemplo palmario de lo que ocurre en el continente americano se constata con la República Bolivariana de Venezuela. En múltiples oportunidades, el Presidente Hugo Chávez ha arremetido contra la libertad de prensa. En una ocasión planteó la posibilidad de expulsar los extranjeros que criticarán el país. En *Informe Anual de la Relatoría de la Libertad de Expresión (2007)*. P. 162-163. En: <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=725&IID=2>.

67 Véase, Rosanvallon, Pierre, *La légitimité démocratique: impartialité, réflexivité, proximité*, Edit Seuil, 2008.

68 Véase Gauchet, Marcel, *La crise du libéralisme*, Editions Gallimard, 2007.



La censura indirecta dentro de los sistemas de protección de derechos humanos: La cara oculta de la libertad de expresión

indirecta, relacionadas con las intervenciones excesivas frente a las empresas de telecomunicaciones y nuevas tecnologías, las formas de utilizar la publicidad oficial y el abuso como autoridad de la inspección, vigilancia y control, en cuanto a la asignación y retiro discrecional de licencias de radio y TV y del espectro electromagnético para la prestación de servicios de radio, televisión o valor agregado.

Estas tipificaciones demuestran la importancia de disminuir el margen de apreciación de los Estados por parte de los Tribunales regionales de derechos humanos frente a la libertad de expresión. Esta disminución debe operar a través del juicio de proporcionalidad que ha sido aplicado por la Corte IDH y la Corte EDH, con el objeto de otorgarle una carga de argumentación a sus decisiones.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Blogs

Blog oficial de Google para América Latina, <http://googleamericalatinablog.blogspot.com/2008/10/la-censura-previa-nunca-es-un-buen.html>

Decisiones jurisprudenciales

Sistema Europeo de Derechos Humanos

Corte EDH. Caso de Vgt Verein gegen Tierfabriken c. Suiza, del 28 de junio de 2001.

Corte EDH. Caso Informationsverein lentia c Austria, del 24 noviembre de 1994.

Corte EDH. CasoTele 1 Privatfernsehgesellschaft mbH, del 21 Septiembre de 2000.

Corte EDH. Caso Demuth, del 5 de noviembre de 2002.

Corte EDH. Caso Murphy contra Irlanda, del 10 de julio de 2003.

Corte EDH. Caso Feldek vs. Slovakia, Decisión del 12 julio de 2001.

Corte EDH. Caso Groppera Radio Ag c Suiza, del 28 de marzo de 1990.

Corte EDH. Caso Autronic AG c Suiza, del 22 de marzo de 1990.

CEDH, Caso X y Y contra Bélgica, del 13 de mayo de 1982.

Sistema Interamericano de Derecho Humanos

Corte IDH. Opinión Consultiva N.5/85. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 13 de noviembre de 1985. P.70, Serie A No. 5.

CIDH. Affaire ABC Color vs Paraguay, del 17 de mayo de 1984.

CIDH. Informe No. 14/87, Caso 9642, Radio Ñanduti contra Paraguay, del 28 de marzo de 1987.

Corte IDH. Caso Arret Ivcher Bronstein c Perú, del 6 de febrero de 2001.

Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de julio de 2004.

Corte IDH. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2004.

Corte IDH. Caso Kimel vs Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de mayo de 2008.

Francisco R. Barbosa Delgado

Otros fallos

T.G.I Paris, 22 de mayo de 2000 (UEJF c Yahoo) France.

Recomendación No R (99) 1, Comité de Ministros, Consejo de Europa, *Medidas para promover el pluralismo de los medios* (adoptada el 19 de enero de 1999).

Otras fuentes documentales

Documental *Viva Zapatero*. Seleccionado en la 62 muestra de Cine de Venezia, 2005, de la periodista italiana Sabina Guzzanti, 2006.

Documental *C'est dur d'être aimé par des cons* de Daniel Leconte, « Festival de Cannes, sélection officielle, hors compétition ». TF1, 2009.

Doctrina

Aubert, Concretisation et aménagement de la liberté d'expression sur Internet en droit européen, Mel, Cohen Jonathan, Bruylant, 2004.

Cassese A et Clapham (A), (éd), *La télévision transfrontière en Europe dans la perspective de droits de l'homme*, Nomos 1990.

Cohen- Jonathan, G, Liberté d'expression et publicité, RD, 1986

García, Prudencio, *El Drama de la Autonomía Militar*, Alianza Editorial, 1995.

Gauchet, Marcel, *La crise du libéralisme*, Editions Gallimard, 2007.

Gregorio, Carlos G, del Instituto de Investigación para la Justicia, trabajo presentado en el Seminario Gobernanza de Internet y Políticas Públicas de TIC, Quito, Ecuador, 27 y 28 de junio del 2006, organizado por FLACSO con el apoyo de IDRC. En: <http://www.ijlac.org/docs/censura.htm>

Klebes- Pelissier K, *Internet et la liberté d'expression (à propos de l'arrêt de la Cour Supreme des Etats Unis)*, RUDH, 1998, vol 10, No. 11-12.

Latrive, Florent, *L'internet, Le livre noir de la censure*, Seuil, Paris, 2008. P.104-107 et United-States district Court for the Northern District of Californi, San Jose Division, 7 nov. 2002.

Liberté d'expresión dans le champ de l'audiovisuel et Convention Europeene des droits de l'homme: les nouvelles Technologies, Mel Robert, Libertés, Montchrestien, 1998.

Maillard, Julien, Freedom of Speech, *The Internet and the cost of control : The French example dans International law and politics*, Vol. 33, 2001.

O'Donnell, Daniel, *Derecho Internacional de derechos humanos*, Alto Comisionado para los derechos humanos, 2004.

Oetheimer, Mario, *L'harmonisation de la liberté d'expression en Europe*: Contribution a l'étude de l'article 10 de la Convention Européenne des droits de l'homme et son application en Autriche et au Royaume- Uni, Éditions Pedone, 2001.

Pettiti (LE). *Liberté d'expression et nouvelles Technologies de l'audiovisuel*, Liber amicorum, M-A, Eissen, Bruylant/LGDJ, 1995.

Raduszynski, F, *Le controle de l'information économique et financière propagée au moyen de l'internet*, Th Paris XII, 2002.

Renucci, Jean Francois, *Traité de droits européen des droits de l'homme*, LGDJ, Paris, 2007. P. 181.

Rosanvallon, Pierre, *La légitimité démocratique : impartialité, réflexibilité, proximité*, Edit Seuil, 2008.

Thompson Clive, *Google's China Problem dans « New York Times »*. Abril 23 de 2006.

Val Philippe, *Reviens Voltaire, Ils sont devenus fous*. Grasset, Paris, 2008.

Yutaka Arai, Fried Van Hoof, Edwin Bleichrodt, Arjen Van Rijn, Cees Flinterman, Ben Vermeulen, Aalt Willem Heringa Marc, Viering Jeroen Schokkenbroek, Leo Zwaak, Pieter Van Dijk, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights, Intersentia*, Antwerpen/Oxford, 2007.



JURÍDICA

63 | AÑO IV Número 5 | DICIEMBRE DE 2009



La censura indirecta dentro de los sistemas de protección de derechos humanos: La cara oculta de la libertad de expresión

Informes sobre Derechos Humanos

Informe del Relator de la Comisión de Naciones Unidas, (ONU), Comisión de Derechos Humanos, Relator Especial, Informe E/CN.4/2002/75.

Informe Silenced: an international report on censorship and control of the Internet, Privacy International y The GreenNet Educational Trust, septiembre de 2003

Informe El precio del silencio "Abuso de publicidad oficial y otras formas de censura indirecta en América Latina". Asociación por los Derechos Civiles Iniciativa Pro-Justicia de la Sociedad Abierta, Buenos Aires, 2008.

Informe del Government Printing and Advertising, disponible en http://www.cabinet-office.gov.uk/central/1999/workgis/annex_a.htm

Informe de la Relatoría de libertad de expresión de la CIDH, 2003.

Informe de la Relatoría de Libertad de Expresión de la CIDH, 2007.

Informe sobre la televisión pública en Francia, 2009

Libro Verde sobre la protección de menores y de la dignidad humana en los servicios audiovisuales de información y la Resolución de 27 de febrero de 1996, del Consejo de Telecomunicaciones de la Unión Europea.

Instrumentos Internacionales

Declaración Interamericana de Principios sobre la Libertad de Expresión, adoptada en la 108 Sesión Ordinaria, 19 de octubre de 2000.

Convención Europea de Derechos Humanos.

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Páginas de Internet consultadas

<http://www.alegsa.com.ar/Dic/isp.php>.

<http://www.masadelante.com/faq-hosting.htm>.

www.agenciaperu.com/actualidad/2004/jun/winters_libres.htm.

Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) en <http://www.itu.int/net/home/index-fr.aspx>.