

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO CONSTITUCIONAL



**DERECHO AL HONOR
VERSUS LIBERTAD DE EMISIÓN DEL PENSAMIENTO**

M. Sc. SELVIN GUADALUPE GUEVARA FARFÁN

GUATEMALA, FEBRERO DE 2024

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO CONSTITUCIONAL

**DERECHO AL HONOR
VERSUS LIBERTAD DE EMISIÓN DEL PENSAMIENTO**



TESIS DOCTORAL

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por el Maestro

SELVIN GUADALUPE GUEVARA FARFÁN

Tutor

DR. OMAR RAFAEL RAMÍREZ CORZO

Previo a conferírsele el Grado Académico de

DOCTOR EN DERECHO CONSTITUCIONAL

(Magister Scientiae)

Guatemala, febrero de 2024

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	M. Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I:	Licda.	Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II:	Lic.	Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III:	Lic.	Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV:	Br.	Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V:	Br.	Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIO:	Lic.	Wilfredo Eliú Ramos Leonor

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO:	M. Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
DIRECTOR:	Dr.	Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL:	Dr.	Carlos Estuardo Gálvez Barrios
VOCAL:	Dra.	Herminia Isabel Campos Pérez
VOCAL:	Dr.	William Enrique López Morataya

TRIBUNAL EXAMINADOR

PRESIDENTE:	Dr.	Saúl González Cabrera
VOCAL:	Dr.	Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
SECRETARIO:	Dr.	Aníbal González Dubón

RAZÓN: «El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Escuela de Estudios de Postgrado).

**REF. DICTAMEN DE REVISOR DE TESIS
DE DOCTORADO EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

Guatemala, 02 de Junio de 2022

Doctor:

LUIS ERNESTO CÀCERES RODRIGUEZ
Coordinador de la Escuela de Estudios de Posgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad San Carlos de Guatemala

Señor Coordinador:

De manera atenta me dirijo a usted en relación al nombramiento como REVISOR DE TESIS DOCTORAL, que oportunamente fuera comunicado a mi persona por esa Coordinación Doctoral, en el que se dispuso nombrarme como Revisor de Tesis del Doctorando SELVIN GUADALUPE GUEVARA FARFÁN.

Al respecto he procedido a Revisar el trabajo de Tesis Doctoral Intitulado "DERECHO AL HONOR VERSUS LIBERTAD DE EMISIÓN DEL PENSAMIENTO", y concluido el proceso de revisión en relación presento el siguiente:

DICTAMEN:

Del área de investigación optada por el estudiante en el tema de investigación:

En relación al área de investigación, se establece que el doctorando SELVIN GUADALUPE GUEVARA FARFÁN, optó por el área del derecho constitucional.

**REF. DICTAMEN DE REVISOR DE TESIS
DE DOCTORADO EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

En el desarrollo del trabajo el autor presenta un interesante y profundo análisis sobre el tema de derecho constitucional específico en el derecho al honor versus libertad de emisión del pensamiento", estableciendo todo el diligenciamiento del procedimiento y buscando el principio de la libertad que tiene todo sujeto en cuenta a la libre emisión del pensamiento como el derecho al honor para lograr una solución del conflicto en forma eficaz y eficiente dentro de cualquier procedimiento guatemalteco.

De la metodología utilizada para el desarrollo de la investigación doctoral

Se aprecia que la metodología utilizada por el doctorando fue la de recurrir a fuentes primarias y secundarias, además derecho comparado, para analizar los temas relacionados y obtener conclusiones relativas al honor y la libertad de emisión del pensamiento.

En conclusión, se utilizó en la investigación la metodología de análisis, síntesis, inductiva, deductivo, histórico-lógico, exegético-analítico y jurídico con los que se considera se hizo un uso correcto de la metodología aplicable a la investigación de tesis.

De la observación de los requisitos impuestos por el Manual específico para la elaboración de tesis doctoral el Instructivo para la elaboración y desarrollo de la tesis doctoral.

**REF. DICTAMEN DE REVISOR DE TESIS
DE DOCTORADO EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

Luego de hacer una revisión minuciosa a los aspectos de forma impuestos por la reglamentación respectiva, se concluye que efectivamente en la investigación que se presenta, se observaron los requisitos impuestos por aquella, con lo cual el marco de la investigación satisface las exigencias que corresponde a esta.

Del probable alcance de la investigación realizada

El alcance de la investigación presentada por el doctorando SELVIN GUADALUPE GUEVARA FARFÁN, será el de demostrar la funcionalidad y respeto del honor y la libertad a la libre emisión del pensamiento.

De la incidencia social que estima pueda tener la investigación doctoral

La incidencia social que tendrá la investigación presentada por el doctorando, será la de construir un punto de orientación para los actores de la justicia en guatemalteca, en cuanto a demostrar la importancia del derecho que le asiste a cada persona de expresarse libremente sin que afecte el honor de las demás personas.

**REF. DICTAMEN DE REVISOR DE TESIS
DE DOCTORADO EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

Concluido el proceso de Revisión de la Tesis Doctoral y habiendo establecido que la investigación en ella contenida responde a la investigación doctoral y al nivel de excelencia que se requiere en los estudios de Doctorado, me permito opinar que el trabajo presentado por el postulante, debe ser discutido en acto público de defensa de tesis doctoral, previa orden de su impresión, con mi **DICTAMEN FAVORABLE**.

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"



Dr. OMAR RAFAEL RAMIREZ CORZO

REVISOR DE TESIS

Omar Rafael Ramirez Corzo
ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, 9 de enero de 2024

Doctor:
Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Posgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
-USAC-

Distinguido doctor Cáceres Rodríguez:

Con base en su solicitud expresa en la carta a mi persona con fecha veintidós de noviembre de dos mil veintitrés, en donde se me pide dictamen gramatical; y, según los Artículos 7, 9 y 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Posgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Le informo que el maestro: **SELVIN GUADALUPE GUEVARA FARFÁN**, del programa de **Doctorado en Derecho Constitucional**, ha realizado las correcciones y recomendaciones de gramática, ortografía, redacción y estilo, a su trabajo de tesis, cuyo título final es: **DERECHO AL HONOR VERSUS LIBERTAD DE EMISIÓN DEL PENSAMIENTO**.

Asimismo, manifiesto que se ha utilizado un léxico adecuado a los requerimientos de una investigación científica; se presentan varios neologismos propios de la naturaleza del tema investigado y su vínculo con las teorías constitucionalistas, para cubrir las exigencias de la técnica jurídica, los principios exegéticos y hermenéuticos de la ciencia del Derecho. Esto, en consonancia con las normas, consideraciones y recomendaciones de la Real Academia Española, para utilizar el lenguaje de manera actualizada y como primera fuente teleológica idónea, para el conocimiento.

Dicho trabajo presenta las partes requeridas en el instrumento legal *supra* anotado, según lo establece la Escuela de Estudios de Posgrados. De esta forma, el sustentante, ha referido con el modelo latino de citas y notas a pie de página, las fuentes bibliográficas, para dejar los créditos de las teorías que han fundamentado la investigación



USAC

TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADOS

La metodología, técnicas y doctrinas que el estudiante y su parte tutora presentaron, fueron respetadas en su totalidad y ningún planteamiento fue conculcado para mantener el fundamento teórico original del documento presentado.

De esta manera se procedió con la revisión, exclusivamente en lo que corresponde a la gramática, ortografía, redacción y estilo, para comprobar que el cuerpo capitular contenga los requerimientos y extensión mínimos; con ello, se adecuó la diagramación pertinente y cotejaron los enunciados del índice, los títulos y subtítulos, la parte conceptual introductoria y la conclusión, según los enlaces externos que se describen en la bibliografía consultada.

En virtud de lo anterior, se emite: **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de continuar con el trámite correspondiente.

Cordialmente.

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

Dr. William Enrique López Morataya

Revisor de Gramática

Dr. William E. López Morataya

Cel. 6144

welm

c. c. interesada/o, archivo.



USAC

TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, 2 de febrero del año dos mil veinticuatro.-----

En vista de que el MSc. Selvin Guadalupe Guevara Farfán aprobó examen privado de tesis en el **Doctorado en Derecho Constitucional** lo cual consta en el acta número 128-2023 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“DERECHO AL HONOR VERSUS LIBERTAD DE EMISIÓN DEL PENSAMIENTO”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“D Y ENSEÑAD A TODOS”

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



DEDICATORIA

- A DIOS:** Que en su infinita misericordia y bondad me regaló una vida sana y me dio la sabiduría para poder alcanzar un logro académico más.
- A MIS PADRES:** Por el apoyo incondicional en todo momento de mi vida.
- A MIS HERMANOS:** Por brindarme su ayuda en el cumplimiento de mis objetivos.
- A MI HIJA:** Por ser fuente de inspiración y por el cariño demostrado.
- A:** Mis tías, tíos, primos y demás familia, por el cariño que siempre me han demostrado.
- A:** La Tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, por abrirme las puertas en esa casa de estudios.
- A MI PADRINO:** Por el aprecio y amistad demostrada.



ÍNDICE

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. El derecho al honor	1
1.1. Concepto del derecho al honor	1
1.2. Reconocimiento normativo, objeto y contenido del derecho al honor	1
1.2.1. Reconocimiento normativo	1
1.2.2. Objeto	2
1.2.3. Contenido	2
1.3. Honor objetivo y honor subjetivo	3
1.4. Derecho al honor y medios de comunicación	4
1.5. Evolución de la protección del derecho al honor	5
1.6. Derecho a la imagen, al honor y a la reputación	8
1.6.1. El derecho a la imagen	8
1.6.2. El derecho al honor	12
1.6.3. El derecho a la reputación	15
1.7. La protección del derecho al honor en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	17

CAPÍTULO II

2. El derecho a la libertad de expresión	25
2.1. Concepto de libertad de expresión	25
2.2. Extensión del derecho a la libertad de expresión	25
2.3. La protección de la libertad de expresión	26
2.4. La garantía del derecho a la libertad de expresión	29
2.5. La protección del derecho a la libertad de expresión en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	32
2.5.1. La situación actual de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano	32



2.5.2. La opinión consultiva OC-5/85	36
2.5.3. La prohibición de censura previa	38
2.5.4. Los medios indirectos de violación de la libertad de expresión	41
2.5.5. El derecho de acceso a la información	47

CAPÍTULO III

3. El derecho al honor vs. el derecho a la libertad de expresión su tratamiento en el Sistema Interamericano	53
3.1. La responsabilidad penal	53
3.2. Los delitos de difamación, injuria o calumnia	54
3.3. El delito de desacato	68
3.4. La sanción de responsabilidad civil	72
3.5. Otros aspectos del derecho a la libertad de expresión que se infieren del Artículo 13 de la Convención Americana	76

CAPÍTULO IV

4. La libertad de expresión en el derecho comparado	79
4.1. Las expresiones objeto de limitación	80
4.2. El tratamiento en el derecho comparado continental-europeo	85
4.3. El discurso del odio	90
4.4. Características del discurso del odio	92
4.5. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	98
4.6. El tratamiento de la libertad de expresión en España	106

CAPÍTULO V

5. La ponderación como técnica de solución de conflictos entre derechos fundamentales.....	113
5.1. La técnica de la ponderación	113
5.2. Antecedentes de la técnica de la ponderación	114
5.2.1. En la jurisprudencia estadounidense	114



5.2.2. En Italia	118
5.3. El conflicto entre derechos fundamentales	126
5.4. Clases de conflictos de derechos fundamentales	128
5.5. La resolución de los conflictos de derechos fundamentales	133
5.6. El balance o ponderación de derechos fundamentales	134
5.7. Las situaciones susceptibles de ser balanceadas	136
5.8. La distinción entre el balance y otros conceptos	139
5.9. Los balances necesarios	143
5.10. Balance caso por caso	144
5.11. Balance definicional	149
CONCLUSIÓN	151
BIBLIOGRAFÍA	153



INTRODUCCIÓN

En este exordio es oportuno afirmar que, el derecho al honor y la libertad de expresión siempre están, acudiendo a la lógica dialéctica, en una unidad y lucha de contrarios, ambos son derechos fundamentales (necesarios para la vida de las personas en una sociedad democrática) y ambos constituyen precondiciones para la democracia, pero a veces estos derechos entran en colisión, porque sus fronteras son bastante difusas.

Así, el derecho al honor protege frente a descensos inmerecidos en la consideración ajena. Es un derecho a que cada uno tenga la reputación producto de sus propios actos, sin que otras personas puedan reducirla autónomamente. La idea de consideración ajena, o reputación propia del honor, exige que los atentados contra este derecho se causen, evidentemente, en el ámbito de lo público. No hay vulneración del honor si no hay publicidad.

El derecho al honor y su significación, como derecho humano, se ha extendido a otros ámbitos, como el derecho a la imagen, a la dignidad, a la reputación, a la intimidad y a la autodeterminación de la personalidad. El derecho a la libertad de expresión también se ha interpretado de una manera bastante amplia que cubre el derecho a la información y el derecho a la difusión de las ideas, expresiones artísticas, ideología, que no se limita al espacio público, sino que se extiende a las relaciones personales. Por otra parte, la libertad de emisión del pensamiento como derecho garantiza la posibilidad de expresar en público determinadas ideas sin que de ninguna manera y en ninguna circunstancia se pueda castigar o reprimir a quien las manifiesta.



Como principio exige que, más allá de ese mínimo intocable, el Estado, en que cada una de sus instituciones y manifestaciones de poder público, sostenga la libre circulación de ideas de todo tipo, asimismo, la fomente en la medida en que ello no tropiece con la necesidad de proteger otros bienes e intereses.

Como derecho es un espacio intangible; como principio un mandato genérico que necesita ser armonizado y que ha de ser interpretado políticamente en cada momento. En el caso de la colisión de los derechos aludidos, por ser ambos derechos fundamentales y constitucionalmente protegidos, entran en juego los intereses legítimos de las personas cuya afectación de derechos aduzcan lesionados.

En estos casos, la forma como los tribunales constitucionales han resuelto el conflicto es aplicando un test de proporcionalidad, o sea, aplicando el principio de proporcionalidad, el cual, según Robert Alexy, viene a ser una especie de meta-principio o, si se quiere, el principio último del ordenamiento jurídico.

El principio de proporcionalidad consta, a su vez, de tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Los dos primeros se refieren a la optimización en relación con las posibilidades fácticas. Esto significa que una medida (una ley, una sentencia, etc.) que limita un derecho (un bien de considerable importancia) para satisfacer otro, debe ser idónea para obtener esa finalidad y necesaria, o sea, no debe ocurrir que la misma finalidad pudiera alcanzarse con un costo menor. El tercer subprincipio, por el contrario, tiene que ver con la optimización en relación con las posibilidades normativas.



Si bien es cierto, muchos tribunales constitucionales han adoptado la modalidad descrita *supra* para resolver conflictos de intereses entre personas que alegan violados sus derechos fundamentales, también es cierto que la ponderación como técnica de resolución de tales conflictos ha sido muy criticada por, según algunos autores connotados, su falta de racionalidad y su subjetividad. Así, Riccardo Guastini califica a la ponderación de ser una jerarquía axiológica móvil y Jürgen Habermas la acusa de ser una administración iusnaturalista de la justicia.

Lo que sí es cierto es que la coexistencia en el ordenamiento jurídico de los derechos al honor y a la libertad de expresión no ha sido pacífica y, siendo conservadores, tampoco se avizora un próximo tratado de paz entre estos derechos cuyos límites han sido y son, constantemente abusados.

El problema investigado se planteó de la siguiente forma: ¿cuál es el tratamiento constitucional y convencional de los derechos al honor y a la libertad de expresión en un Estado constitucional y democrático de derecho?

La hipótesis se formuló de la siguiente manera: «en un Estado constitucional y democrático de derecho, el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión pueden entrar en colisión o conflicto y este se resuelve mediante una adecuada ponderación de los mismos, con la aplicación de valores y principios democráticos de racionalidad, necesidad y proporcionalidad, para potenciar el que merezca mayor protección en cada situación concreta».



El presente informe de investigación consta de cinco capítulos, en el primero se desarrolla el tema del derecho al honor; en el segundo, se trata el tópico del derecho a la libertad de expresión; en el tercer capítulo, se analiza el tratamiento que los conflictos entre el derecho al honor y libertad de emisión del pensamiento han sufrido en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos; en el cuarto capítulo, se desarrolla el tópico de la libertad de expresión en el derecho comparado; y, en el quinto capítulo, se analiza la técnica de ponderación como método de resolución de conflictos entre derechos fundamentales. Finalmente, se construye una conclusión que sea verosímil con la hipótesis formulada en el diseño de investigación.



CAPÍTULO I

1. El derecho al honor

1.1. Concepto del derecho al honor

El derecho al honor puede definirse como “la potestad jurídica que tienen las personas físicas o jurídicas para proteger su estima, crédito y/o reconocimiento social frente a intrusiones ilegítimas que las puedan hacer desmerecer en la consideración propia y ajena”.¹

1.2. Reconocimiento normativo, objeto y contenido del derecho al honor

1.2.1. Reconocimiento normativo

El derecho al honor está codificado en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos y en casi todos los textos constitucionales de los países reconocidos por la Organización de las Naciones Unidas. Asimismo, el mencionado derecho está concebido como un derecho fundamental, si bien en la Constitución Política de la República de Guatemala no se encuentra expresamente regulado su protección sería por aplicación del Artículo 44 de dicho instrumento; podría entonces definirse como un derecho constitucional no enumerado emergente.

¹ Fernández Sessarego, Carlos. **Derecho a la identidad personal**. Pág. 185.



Según una autorizada doctrina, el derecho al honor justifica la sanción penal cuando actos lesivos lo ataquen y surge la responsabilidad civil consecuente. Paralelamente, la Convención Americana establece en su Artículo 11: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento normativo de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

1.2.2. Objeto

El objeto del derecho al honor supone la protección de la consideración, estima o valor personal en el ánimo público y en la percepción propia, cuyo valor jurídico debe ser establecido casuísticamente, a la luz de los principios prevalecientes en la sociedad en un tiempo y espacio determinados.

1.2.3. Contenido

El contenido de este derecho, por ende, habrá de ajustarse también en razón de los procesos de evolución y permanencia de esos mismos valores y principios sociales. El ámbito de protección del honor se debe determinar tomando en cuenta tres aspectos fundamentales:



- a) La calidad jurídica de la persona presumiblemente afectada en su honor. El tratamiento habrá de tener diferencias y peculiaridades, según se trate de una persona jurídica, de una persona pública o de un particular, “como se puede advertir en el derecho comparado, bien se trate del derecho continental, del derecho anglosajón o de los diversos sistemas híbridos existentes”.²
- b) Las normas sociales y morales predominantes en una época y tiempo casuísticamente determinados. Las diferencias culturales, religiosas y educativas entre una sociedad y otra son referentes esenciales para determinar el grado de afectación del honor de las personas.
- c) El manejo que la persona hace de su propio crédito y consideración en su relación con los demás, en razón de su trabajo, de sus convicciones o, simplemente, de su forma de vida dentro de la sociedad.

1.3. Honor objetivo y honor subjetivo

La doctrina ha dividido tradicionalmente el honor jurídicamente protegido en dos facetas o ámbitos básicos: el honor objetivo y el honor subjetivo. En lo que al ámbito jurídico compete, su interés se centra en el honor objetivo. El honor objetivo u objetivable, se estructura en las siguientes categorías: a) el honor de los particulares; b) el honor de las personas jurídicas; c) el honor de las personas públicas; y d) la protección penal del honor.

² Vásquez, Rodolfo. **Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria**. Pág. 32.



1.4. Derecho al honor y medios de comunicación

La tensión entre el poder público y los medios de comunicación ha sido el eje sobre el cual ha girado la evolución histórica de los derechos fundamentales en el mundo: por un lado, la reivindicación de la prensa por informar y discutir todo asunto de relevancia pública, y por otro, la intención del poder público por acotar los alcances de las libertades de expresión y de información con la inserción de derechos con bienes jurídicos protegidos eventualmente antagónicos a esas libertades.

La lucha entre el alcance de las libertades de expresión e información y el núcleo protector del derecho al honor ha sido, en particular, uno de los aspectos esenciales del estudio para delimitar donde inicia uno y donde terminan las otras. Ello se ha resuelto en los Estados democráticos de derecho a través de la vía jurisprudencial, “mediante la cual se han ofrecido los elementos interpretativos obligatorios para aplicar el derecho a casos concretos”.³

La libertad de expresión ampara la libre difusión de ideas, opiniones y juicios de valor; se trata, sin duda, de un derecho fundamental dotado de la más amplia protección jurídica para su libre ejercicio; por ello, sus límites se han reducido a una porción mínima, tanto por lo que hace a las personas públicas como cuando se refiere a las personas privadas. Tan es así que la *exceptio veritatis* no constituye un ingrediente de la licitud de la libertad de expresión, habida cuenta de la imposibilidad material para calificar a las ideas y opiniones de verdaderas y falsas.

³ Platts, Mark. **Sobre usos y abusos de la moral**. Pág. 154.



1.5. Evolución de la protección del derecho al honor

Se ha afirmado que la libertad de información protege fundamentalmente la investigación y la difusión de los hechos noticiosos. Las tensiones entre la prensa y el gobierno se pueden rastrear hasta la *Ley de Sedición* de 1798 promovida por el partido de Alexander Hamilton y John Adams, que “consideraba delito los *escritos falsos, escandalosos y maliciosos* contra el gobierno, el Congreso y el Presidente de los Estados Unidos”.⁴ La ley no pudo resistir, sin embargo, los embates de los electores condenando a la derrota electoral a sus promotores, los federalistas, dejándola sin efecto en 1,800 y declarada inconstitucional en 1801.

La tentación gubernamental por acotar los límites de la libertad de información de la prensa no quedó, sin embargo, truncada, pues años más tarde, cuando los periódicos *World* de Nueva York y *News* de Indianápolis aportaron datos sobre la corrupción habida en la edificación del Canal de Panamá en 1908, el presidente Teodoro Roosevelt ordenó al fiscal general que se querellara por libelo. Sin embargo, los tribunales rechazaron los casos antes de que llegaran a juicio, determinando que el gobierno no puede querellarse por libelo; no obstante, sí podían hacerlo los servidores públicos a título personal.

Es así que, entre 1801 y 1963 en Los Estados Unidos de América, las querellas por libelo es decir, por difamación y calumnia en donde estaba involucrada la prensa, se habrían de resolver conforme a las leyes aplicables, sobre todo civiles, por ser

⁴ González, Nazario. **Los derechos humanos en la historia**. Pág. 90.



reparadora al buscar resarcir el daño sufrido mediante cuantiosas indemnizaciones, independientemente de que se tratara de personas públicas o privadas, “mediante el método de *balancing test* (ponderación entre un bien jurídico y otro afectado)”.⁵

Pero, en 1964, se produce un giro radical en el tratamiento judicial de los procesos por libelo al ser analizados desde la perspectiva de la primera enmienda de la Constitución por la Suprema Corte de Justicia de Los Estados Unidos de América en el caso *The New York Times vs Sullivan* que al valorar la importancia que tiene la prensa como arma del arsenal de la democracia, señalaba por conducto del juez William Brennan lo siguiente: “El debate sobre temas públicos debe ser desinhibido, robusto y ampliamente abierto, y bien puede incluir ataques vehementes, cáusticos y a veces desagradables y afilados contra el gobierno o los servidores públicos (...) Algún grado de abuso es inseparable del propio uso de cada cosa; y en ninguna instancia es más cierto que en la prensa (...) Hay que tener en cuenta que las declaraciones erróneas son inevitables en un debate libre y deben ser protegidas si las libertades informativas constituyen el espacio para respirar que necesitan para sobrevivir (...) Y es que una decisión que obligue al que critica la actuación oficial a garantizar la veracidad de sus decisiones, y que tenga que hacerlo bajo la amenaza de juicio por libelo y que se puedan pedir indemnizaciones prácticamente ilimitadas, conduciría a algo comparable a la autocensura”.⁶

⁵ Arango, Rodolfo. **Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales.** Pág. 176.

⁶ Bickel, Alexander. **La rama menos peligrosa. La Corte Suprema de los Estados Unidos en el banquillo de la política.** Pág. 190.



Después de las consideraciones anteriores, la sentencia fijaba el criterio que habría de seguirse para determinar cuando los servidores públicos pueden entablar una querrela por libelo: “Las garantías constitucionales requieren una norma federal que prohíba a cualquier servidor público reclamar daños por una nota falsa y difamante en relación a su conducta oficial, a menos que pruebe que la declaración fue hecha con malicia real o efectiva, es decir, con conocimiento de que era falso o con descuidada consideración acerca de si era falso o no”.⁷

El criterio definido en el caso *Sullivan* sigue vigente al día de hoy. En 1967, a la luz del caso *Butts*, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América amplió el núcleo protector del caso *Sullivan* a las figuras públicas que juegan un papel de similar relevancia en la sociedad, que los servidores públicos.

Además, en 1971, en ocasión del caso *Rosembloom*, la Suprema Corte llevó el criterio del *actual malice* (malicia real o efectiva) a “toda discusión y comunicación que envuelva materias de relevancia pública o general, sin tener en cuenta si las personas afectadas son famosas o anónimas”.⁸ En los años posteriores, otros casos han matizado este principio general, aunque persiste hoy en día como criterio de interpretación judicial en los Estados Unidos de América y en Latinoamérica.

⁷ *Ibid.* Pág. 192.

⁸ *Ibid.* Pág. 195.



1.6. Derecho a la imagen, al honor y a la reputación

El derecho al honor, generalmente, comprende los denominados derechos a la imagen y a la reputación. Se podría decir que el primero es el género y los otros, la especie.

1.6.1. El derecho a la imagen

La configuración del derecho a la imagen, como uno de los aspectos de la persona dignos de tutela, aparece a fines del siglo XIX. Es por ello uno de los derechos de la personalidad a los que la doctrina ha dedicado un mayor y detenido análisis. Por la misma razón, ha sido prontamente incorporado a diversos ordenamientos positivos nacionales y sobre el que se encuentra apreciable jurisprudencia comparada.

La precursora tutela del derecho a la imagen, en relación con los demás derechos de la persona que fueron apareciendo en el transcurso del siglo XX y que se han ido elaborando con el paso del tiempo, “se debe a que la imagen, junto con el nombre o el pseudónimo, constituye un atributo fundamental con el cual se individualiza socialmente a la persona”.⁹ Por otro lado, “la imagen, aparece mayormente como susceptible de aprovechamiento económico por parte de terceros, generalmente con fines publicitarios”.¹⁰

⁹ Zavala de González, Matilde. **El derecho a la intimidad**. Pág. 134.

¹⁰ Zeno-Zencovich, Vincenzo. **Nueva jurisprudencia comentada**. Pág. 76.



El aspecto estático de la identidad personal, que se hace patente a través de los signos distintivos, se encuentra también tratándose de la imagen física de la persona. En esta prevalecen los rasgos somáticos, la efigie del sujeto, lo exterior y fácilmente perceptible por los demás. Se está frente a una de las características de la persona que, en los rasgos fundamentales, no varía de modo natural, salvo por la implacable erosión del tiempo.

Claro está que la imagen no es referible a desfiguraciones motivadas por accidentes, quemaduras, o por efecto de la cirugía estética, pero aun en estos casos, salvo raras excepciones, la imagen no varía en lo sustancial. La imagen es una copia, es una reproducción de la realidad, de un modelo, utilizando para ello cualquier medio idóneo. La imagen es, así, una forma de representarse la realidad, una vía de conocimiento.

Este problema del conocimiento de los objetos a través de su imagen constituye un problema afrontado desde antiguo por la filosofía. Debe recordarse que Platón refería que no era posible conocer las ideas directamente, sino solo a través de sus imágenes, de sus sombras. “Y es precisamente, en este punto del conocimiento, donde imagen e identidad se relacionan inexorablemente”.¹¹

La imagen, que es una característica que algunos autores designan como material en contraste con las expresiones espirituales de la personalidad es reproducible con fidelidad a través de la fotografía, la televisión, el cine o los medios electrónicos de video. En contraste con lo estático, que es connatural a la imagen, la identidad en

¹¹ Fernández Cifuentes, Marta. **Rectificación. Derecho de respuesta.** Pág. 276.



cuanto proyección social de la personalidad se configura como algo dinámico, en constante movimiento, aunque el ritmo del cambio varíe de persona a persona.

En el caso concreto de la imagen, “la tutela jurídica se orienta a obtener la protección de la apariencia física, del contorno exterior, del perfil somático de la persona”.¹² No obstante que la imagen es un bien autónomo, digno de tutela jurídica, ella, como sucede con todos los derechos de la persona, se encuentra, por lo demás, estrechamente vinculada con la identidad, con la intimidad de la vida privada, con el honor, el decoro y la reputación del sujeto.

Ello, porque la imagen, a pesar de reflejar el exterior físico del sujeto, tiene ulterior incidencia en aspectos internos y espirituales de la personalidad. A través de la imagen no solo se conoce de modo inmediato a la persona, sino que mediante ella se perciben estados emocionales, actitudes y comportamientos del sujeto. Es así como, instrumentalizando la imagen, se lesionan también otros bienes de la persona, como es el caso de la identidad, la intimidad, el honor o la reputación.

La conexión entre identidad personal e imagen física se debe, en primer término, a la unidad esencial y de fundamento que presentan los derechos de la persona, en cuanto, ambos derechos tutelan solo fracciones o manifestaciones particulares de un mismo ente, como es el ser personal.

¹² Fernández Sessarego. **Op. Cit.** Pág. 140.



En segundo lugar, cabe resaltar que la imagen tiene que ver con la identificación del sujeto, con la identidad estática, mientras que la identidad personal, tal como se le caracteriza, es dinámica. Ambos aspectos, aunque diversos en sus expresiones visibles, tienen una unidad esencial, en tanto que, en última instancia, se refieren al mismo ente, protegen aspectos de una misma y sola realidad.

La imagen podría, metafóricamente, ser considerada como el envase de la espiritualidad, en cuanto esta es síntesis de la totalidad o globalidad del patrimonio cultural de la persona. La espiritualidad está encarnada, implantada en un cuerpo, es decir, en la naturaleza que iguala a todos los seres humanos.

La imagen es la mostración exterior de ese cuerpo, su contorno visible, mientras que la identidad personal es la proyección personal de lo dinámico de cada sujeto, de su personalidad, con sus aspiraciones, sus vocaciones y vivencias, de su espíritu, en suma.

La vinculación esencial que existe entre identidad personal, en su versión dinámica, e imagen, hace posible que no sean escasas las situaciones en las que se produce una aparente superposición de las dos figuras jurídicas. “Ello ocurre cuando la imagen es el ocasional vehículo mediante el cual es dable lesionar la identidad personal”.¹³

La imagen, con frecuencia, es susceptible de ser manipulada. Ello acontece cuando se le utiliza fuera del contexto en la que fue captada. Fotos antiguas insertas en

¹³ Casado, María. **Sobre la dignidad y los principios**. Pág. 201.



situaciones actuales, en lugares diferentes, en épocas diversas, con distintos personajes, en heterogéneos trances. Todo ello, con la ayuda de la técnica y la tecnología, aprovechando fotomontajes y programas de computadora de todo jaez.

En cualquiera de estos casos, se desfigura a la persona, se le distorsiona y ello puede lesionar, no solo su honor o su reputación, afectar su intimidad, sino también, presentar socialmente a la persona en una proyección que no resulta ser la fiel expresión de su identidad. “La imagen puede constituirse, de este modo, en un medio utilizado para atribuir a la persona una identidad que no le corresponde”.¹⁴

La facilidad con que la imagen es aprovechable como instrumento a través del cual se puede lesionar otros bienes de la persona, ha hecho que, durante un largo tiempo, no se esclarecieran debidamente sus linderos conceptuales en relación con los otros derechos de la personalidad. En la actualidad, es cada vez menos frecuente la superposición conceptual entre ambos derechos. Se ha tomado conciencia de que la imagen, como forma del conocimiento, cuando se le distorsiona puede lesionar la verdad personal del sujeto, proyectando en el ámbito social una versión falsa de la personalidad integral del mismo.

1.6.2. El derecho al honor

El interés concerniente al honor se instala en la dimensión de la subjetividad. El honor consiste en el sentimiento que tiene la persona en relación a su propia vida. Es la

¹⁴ Pirone, Gennaro. **El derecho a la imagen**. Pág. 189.



estima y respeto a la propia dignidad. Significa, por lo tanto, un momento referido a la autoestima personal.

El honor “encuentra sustento en la cualidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de los deberes respecto del prójimo y de nosotros mismos”.¹⁵ “El honor es el íntimo y raigal valor moral de la persona”.¹⁶ Se presenta como una necesidad existencial del ser humano, por ello es que Lepp afirma que: “para existir en el sentido propio del término, no basta con tomar conciencia de sí, es necesario también emitir un juicio de valor sobre sí mismo”.¹⁷

El juicio propio solo es posible si el “yo” sabe que es sujeto, por lo que puede contemplarse a sí mismo con alguna objetividad. Es así que cada sujeto es capaz de establecer su propia medida en lo que concierne a su valor personal. Un sector de la doctrina, en la que se identifica el pensamiento de Castán Tobeñas, suele mencionar dos vertientes en cuanto al concepto de honor: “una, resulta ser de carácter subjetivo. La otra, en cambio, está referida a una dimensión objetiva”.¹⁸

Es preferible, para algunos autores, ubicar el honor en el mundo de la subjetividad, como movimiento personal de recóndita autoestima, ello porque se considera que la expresión objetiva está dada por el reconocimiento que de la dignidad personal formulan los demás.

¹⁵ Castán Vásquez, José M. **La protección al honor en el derecho español**. Pág. 237.

¹⁶ Fernández Sessarego, Carlos. **Op. Cit.** Pág. 186.

¹⁷ Lepp, Ignace. **La comunicación de las existencias**. Pág. 72.

¹⁸ Castán Tobeñas, José. **Los derechos de la personalidad**. Pág. 234.



A esta figura objetiva, que está constituida por el aprecio social que merece el sujeto, se le designa como reputación y se le debe dar un tratamiento jurídico diferenciado. El honor es un sentimiento que tiene que ver con la estima de nuestra propia dignidad. Tratándose del honor de la persona, “es indispensable que, para que surja una agresión, deba producirse una ofensa al sentimiento del propio valor personal, lo que siempre significa estar ante la presencia de una nota de carácter negativo, salvo en el caso de la injuria”.¹⁹

El honor es una situación jurídica subjetiva vinculada a la estima que la persona tiene de sí misma, es decir, se trata de un sentimiento del propio valor personal. Es el sentimiento o conciencia de la propia dignidad personal. Por ser un sentimiento se despliega en el mundo de la subjetividad. Además, tiene que ver con la esfera íntima de la personalidad y se constituye como el respeto que se guarda hacia uno mismo. Es una situación subjetiva, en la que se prescinde de la valoración que del sujeto tienen los otros en el ámbito de la comunidad.

De Cupis, considera que la expresión *honor* tiene hasta tres acepciones: “En un primer sentido, honor significa el íntimo valor moral del hombre. En este contenido el honor carece de tutela jurídica. En una segunda acepción, el honor tiene que ver con la estima de los terceros, con el buen nombre o la fama de la persona. Finalmente, en un

¹⁹ Villoro, Luis. **Los derechos de la personalidad**. Pág. 123.



tercer sentido, el honor parece ligado al sentimiento y conciencia de la propia dignidad personal”.²⁰

Castán Vásquez manifiesta que: “al jurista los dos aspectos del honor, tanto el subjetivo como el objetivo, y de ninguno de ellos se puede prescindir”.²¹ Asimismo, este autor realiza la distinción entre *honor* y *honores*, ya que “el honor puede perderse en el mismo momento en que se están alcanzando los honores y puede ganarse mientras se pierden éstos, pues la verdadera honra radica más en la noble conducta propia que en las altas recompensas ajenas”.²² Por su parte, manifiesta Rescigno que en el honor “se encierra un subjetivo sentimiento de bienestar psíquico”.²³

1.6.3. El derecho a la reputación

La reputación atiende a “la valoración que del sujeto tienen los otros en el ámbito de la comunidad”.²⁴ Es un juicio crítico que los demás elaboran en torno a cierta persona. Es aquello que también se conoce como la fama o la imagen social de la persona.

Es por ello que, en el caso de la reputación debe mencionarse la presencia de un elemento concreto, el mismo que está representado por la estima que los demás puedan tener en relación a una persona. Vinculada con la vida social del sujeto, la reputación trasciende el plano de la subjetividad personal.

²⁰ De Cupis, Adriano. **El derecho de la personalidad**. Pág. 156.

²¹ Castán Vásquez, José M. **Op. Cit.** Pág. 152.

²² **Ibid.** Pág. 160.

²³ Rescigno, Pietro. **El derecho al honor en el sistema de derecho civil**. Pág. 62.

²⁴ Tapia, Ricardo. **Los derechos de identidad personal y al libre desarrollo**. Pág. 217.



La principal y más difundida forma de lesión a la reputación es: “la atribución a una persona de un hecho que no corresponde a la verdad, que es de suyo falso o inexacto”.²⁵ Esta incidencia de la verdad en el caso de la reputación, como en cualquier otro caso de la atinencia al derecho, hace de suyo problemática la cuestión referida a la reputación.

En el caso de la reputación, lo prevalente no es la presencia de un elemento gnoseológico, que tiene que ver con la verdad histórica, sino la valoración que de la persona se forja la colectividad. En consecuencia, lo que asume relevancia, es un juicio de valor, una apreciación axiológica, un pronunciamiento crítico. Entonces, en la reputación, además de la verdad, debe tenerse presente la valoración vivenciada por los demás en cuanto al sujeto ya que, a partir de la verdad, los otros valoran la personalidad. De esa actitud axiológica, que se añade a la puramente gnoseológica, surge la reputación de la persona, es decir, la opinión que los demás tienen del sujeto.

La conexión entre imagen, honor y reputación, como se ha observado, es del todo sutil. Se puede referir a estos derechos como interconectados de manera tal, que difícilmente se puede distinguir en qué momento se ofende o viola cada uno de ellos. No obstante, sus elementos definitorios esenciales permiten distinguir unos de otros sin perjuicio de su íntima interconexión.

²⁵ Zeno-Zencovich, Vincenzo. **Honor y reputación en el sistema de los derechos humanos**. Pág. 197.



1.7. La protección del derecho al honor en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La Corte Interamericana no se ha referido con demasiada amplitud a la faceta del derecho al honor, calificado como el derecho a la honra y a la reputación en la Convención Americana. Esta faceta de derechos se encuentra protegida en el Artículo 11 de la Convención Americana.

Desde el caso *Gómez Paquiyauri*, la Corte Interamericana solamente ha vuelto a referirse, incidentalmente, a esta dimensión en dos casos: *Tristán Donoso* y *Manuel Cepeda Vargas*.

Una precisión importante hecha por el Tribunal, presente en *Tristán Donoso*, y repetida luego en anteriores casos, es el reconocimiento de que el Artículo 11 de la Convención Americana implica que *toda persona tiene derecho al respeto de su honra* y que, por tanto, se encuentra prohibido “todo ataque ilegal contra la honra o reputación”.²⁶

La decisión en el caso *Tristán Donoso* señala además que debe diferenciarse que, en “términos generales, el derecho a la honra se relaciona con la estima y valía propia, mientras que la reputación se refiere a la opinión que otros tienen de una persona”.²⁷ En efecto, en el caso *Tristán Donoso* los representantes de la víctima habían alegado la presunta violación del derecho a la honra, en virtud de las declaraciones del

²⁶ Corte IDH. **Caso Tristan Donoso vs Panamá. Sentencia de fecha 1 de septiembre de 2010.** Párrafo 57.

²⁷ **Ibid.**



exprocurador, cuando se produjo la divulgación de la conversación telefónica ante las autoridades eclesiásticas y el Colegio Nacional de Abogados.

De acuerdo con el Tribunal, las expresiones del exprocurador: “pueden considerarse como una afectación a la honra y reputación incompatible con la Convención en perjuicio del señor Tristán Donoso, toda vez que la calificación de las expresiones contenidas en el casete como un *plan de difamación* o como una *confabulación en contra de la cabeza del Ministerio Público* por parte de la máxima autoridad del órgano encargado de perseguir los delitos, ante dos auditorios relevantes para la vida de la presunta víctima, implicaban la participación de ésta en una actividad ilícita con el consecuente menoscabo en su honra y reputación. La opinión que las autoridades de la Iglesia Católica y del Colegio Nacional de Abogados tuvieron sobre la valía y actuación de la presunta víctima necesariamente incidía en su honra y reputación”.²⁸

Y en efecto, un párrafo más adelante, el Tribunal declararía que “el Estado también era igualmente responsable por la violación del derecho a la honra y reputación consagrado en el Artículo 11.1 de la Convención Americana en perjuicio de Tristán Donoso”.²⁹

Pero el caso más reciente donde se aborda el derecho a la honra y a la reputación es el caso *Manuel Cepeda Vargas*. En la sentencia, relacionada con la ejecución extrajudicial del senador Manuel Cepeda Vargas, líder de la Dirección Nacional del

²⁸ **Ibid.** Párr. 82.

²⁹ **Ibid.** Párr. 83.



Partido Comunista Colombiano y figura del partido político Unión Patriótica, la Corte Interamericana realiza una formulación conjunta del Artículo 11.1 de la Convención Americana en función a una serie de alegatos sobre la libertad de expresión, la libertad de asociación y los derechos políticos.

En el caso, a pesar de que el Estado ya había reconocido su responsabilidad internacional por la violación del derecho a la honra y la dignidad en perjuicio de Manuel Cepeda Vargas, el tribunal no perdió la oportunidad de señalar que había constatado “que funcionarios públicos formularon declaraciones sobre la supuesta vinculación de la UP (Unión Patriótica) con las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia)”.³⁰

En opinión de la defensa colombiana, al reconocer la protección de la honra y de la dignidad del señor Cepeda Vargas, “lo hacía por no haberlo protegido de amenazas relacionadas con las expresiones de diversas personas, organizaciones y funcionarios públicos, de las cuales no era responsable”.³¹

La intención del Estado era buscar que el tribunal ingresase a ponderar el derecho a la honra de Manuel Cepeda con la libertad de expresión de quienes habían proferido las amenazas en su contra. La Corte Interamericana rechazó tajantemente el alegato y señaló: “En relación con la falta de prevención respecto del derecho a la vida, que los funcionarios públicos no debían desconocer, con sus declaraciones, los derechos del

³⁰ Corte IDH. **Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, Sentencia de fecha 26 de mayo de 2010.** Párrafo 170.

³¹ **Ibid.**



senador Cepeda Vargas de los que eran garantes, por lo que no correspondía ponderar su derecho a la honra y dignidad con la libertad de expresión de otros funcionarios o de otros sectores de la sociedad, como lo proponía el Estado”.³²

Asimismo, y en cuanto a la honra y la reputación de los familiares de Manuel Cepeda Vargas, la Corte Interamericana realizó una interesantísima formulación conjunta, esta vez desde el derecho a la integridad personal. La Comisión Interamericana había solicitado al tribunal “que declare al Estado responsable por la violación del derecho a la protección de la honra y dignidad de los familiares de Manuel Cepeda Vargas dada una serie de declaraciones realizadas por altos funcionarios del Estado que constituyeron actos de estigmatización”.³³

A su vez, los representantes de las víctimas estimaron que tales declaraciones fueron “particularmente graves, ya que además de fomentar el odio, el desprecio público y la persecución, tuvieron y tienen el efecto de incitar a la violencia contra la víctima y sus familiares”.³⁴

En palabras del Tribunal: “es razonable considerar, en primer lugar, que la desprotección ocasionada al Senador Cepeda Vargas, en el contexto en que fue vinculado con las FARC ha repercutido también en sus familiares, afectando su honra, dado que el estigma social y las acusaciones públicas contra aquel se extendieron también a la familia, especialmente después de su ejecución. En particular, afectaron al

³² **Ibid.**

³³ **Ibid.** Párr. 203.

³⁴ **Ibid.**



señor Iván Cepeda Castro, formando parte del contexto de amenazas y problemas de seguridad que sigue sufriendo, y que provienen tanto de las acusaciones por su trabajo en memoria de su padre o por su papel en la investigación del caso, como por ser en la actualidad un referente de la lucha por los derechos humanos en Colombia. En segundo término, la alegada violación al Artículo 11 de basa en un mensaje publicitario emitido como parte de la publicidad electoral de la campaña de reelección del Presidente de la República Álvaro Uribe Vélez desde mediados del mes de abril de 2006. Esta Corte considera que la situación de estigmatización que recae sobre los familiares del Senador Cepeda Vargas los ha expuesto a continuar recibiendo hostigamientos y amenazas en la búsqueda del esclarecimiento de los hechos. Estas circunstancias se han visto exacerbadas aún más por el largo tiempo transcurrido, sin que se hayan esclarecido todas las responsabilidades sobre los hechos”.³⁵

En ese sentido, el derecho a la honra se relaciona con la estima y valía del propio sujeto, mientras que la reputación alude a la opinión que otros tienen de una persona, según lo ha manifestado la Corte en los casos *Campo Algodonero* (Párrafo 144) y el ya citado *Tristán Donoso* (Párrafo 57). El mismo tribunal ha encontrado una vinculación entre estos derechos y el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta regulado en el Artículo 14 de la Convención, para cuestionar informaciones inexactas o agraviantes en su perjuicio, según lo ha manifestado en la Opinión Consultiva 7/86. También ha destacado que el derecho en cuestión debe contar con remedios judiciales, para que quien se considere víctima recurra a ellos como lo manifestó en los casos *Usón Ramírez* (Párrafo 46) y *Canese* (Párrafo 101).

³⁵ **Ibid.** Párrs. 204, 205 y 209.



La Corte Interamericana también ha especificado que el Artículo 11 de la Convención tutela también:

- a) La protección de la vida privada, concepto este amplio no susceptible de definiciones exhaustivas, comprensivo de la vida sexual y el derecho a establecer relaciones con otros seres humanos, como lo manifestó en los casos *Rosendo Cantú* (Párrafo 119) y *Escher* (Párrafo 114).
- b) La vida familiar y el domicilio, igualmente exentos e inmunes a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública, como lo manifestó en los casos *Fernández Ortega* (Párrafo 156) y *Escué Zapata* (Párrafo 95).
- c) Las comunicaciones telefónicas, frente a las interceptaciones y grabaciones respecto de las cuales no deben quedar las personas en una situación de vulnerabilidad frente al Estado o los particulares, como lo manifestó en el caso *Escher* (Párrafo 115).

La propia Corte Interamericana observa que el Artículo 11.2 de la Convención, no enuncia un derecho absoluto, sino que puede ser restringido por los Estados siempre que esas injerencias no sean abusivas o arbitrarias, se encuentren previstas por la ley, persigan un fin legítimo y sean necesarias en una sociedad democrática, como lo manifestó en los casos *Tristán Donoso* (Párrafo 56) y *Escher* (Párrafo 117). La interceptación de conversaciones telefónicas puramente privadas, no autorizadas por



quienes las realizaron, violan, por ende, la Convención, como lo manifestó en el caso *Escher* (Párrafo 129).

La Corte Interamericana ha dictaminado que la promoción de un juicio civil o penal no importa, necesariamente y por sí solo, una afectación al honor del demandado como lo manifestó en el caso *Celsi Hurtado* (Párrafo 177), pero que sí lo es el trato a alguien como *terrorista* sometiéndolo a él y a su familia al odio, desprecio público, persecución y discriminación, como lo manifestó en el caso *Hermanos Gómez Paquiyaury* (Párrafo 182), o cuando se atribuyó falsamente a una religiosa haber preparado su autosequestro, que trabajaba con grupos opuestos al país y que sus heridas provenían de una cita amorosa lesbiana, como lo manifestó en el caso *Ortiz* (Párrafo 117).

A partir de estas -todavía escasas- decisiones, pareciera que, al analizar la honra y la buena reputación, el tribunal viene interpretando esta faceta del Artículo 11 siguiendo la doctrina tradicional desarrollada por algunos estudiosos del derecho penal en torno al bien jurídico denominado como *honor*.

Como se puede observar, la protección de la honra y la reputación no han quedado olvidadas del marco jurisprudencial de la Corte Interamericana, pero, sin duda, las formulaciones en torno a su alcance han sido bastante marginales cuando se les compara con la utilización -más constante y dinámica- del marco de la vida privada en sus pronunciamientos.





CAPÍTULO II

2. El derecho a la libertad de expresión

2.1. Concepto de libertad de expresión

“La libertad de expresión, en general, es el derecho a exteriorizar o difundir públicamente, por cualquier medio, y ante cualquier auditorio, cualquier contenido simbólico del pensamiento, debiendo haber al menos dos sujetos: el emisor y el receptor del pensamiento”.³⁶

La *conducta expresiva* de un sujeto tiende a transmitir sus pensamientos (ideas, voliciones, sentimientos). El *derecho de expresión* tutela precisamente esa conducta expresiva, y es un complemento indispensable del derecho de pensamiento, dada la naturaleza intrínsecamente social del hombre.

2.2. Extensión del derecho a la libertad de expresión

Esta libertad tiene una dimensión individual y una dimensión social, al garantizar no solo que los individuos no vean impedida la posibilidad de manifestarse libremente, sino que también que se respete su derecho como miembros de un colectivo a recibir información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

³⁶ Álvarez, Silvina. **Pluralismo moral y conflictos de derechos fundamentales**. Pág. 221.



Uno de los elementos fundamentales de la libertad de expresión es la información, vertiente a la cual se le dio especial énfasis a partir de su reconocimiento en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en donde se diferencia entre la manifestación de ideas, opiniones o juicios de valor, y la información de hechos, noticias o datos en su doble vertiente de comunicar y recibir.

La libertad de expresión puede ejercerse verbalmente, en una reunión, una concentración o una manifestación; por escrito, a través de libros, periódicos, carteles o panfletos, y utilizando diferentes medios, como la radio, la televisión, el cine, el internet y demás medios de comunicación. “La libertad de expresión engloba también las actividades intelectuales, así como las manifestaciones artísticas y culturales, como el cine, el teatro, la novela, el diseño, la pintura y la música”.³⁷

2.3. La protección de la libertad de expresión

La protección constitucional del derecho a la libertad de expresión en Guatemala se encuentra consagrada en el Artículo 35 de la Constitución política de la República, bajo el título “Libertad de Emisión del Pensamiento”. Este Artículo se integra por ocho párrafos que pretenden abarcar todos los ámbitos de este derecho. Sin embargo, reunir tanta información en un solo Artículo constitucional tiende a causar confusión en el intérprete, lo idóneo hubiese sido dedicar varios Artículos concatenados que regularan los diferentes aspectos que necesariamente abarca este derecho.

³⁷ Pérez Luño, Antonio Enrique. **Los derechos humanos en la sociedad tecnológica**. Pág. 133.



En el ámbito de protección de la libertad de expresión deben contemplarse, además de las múltiples formas a través de las cuales las personas suelen expresar sus ideas, el espectro de los contenidos, como pueden ser las manifestaciones de tipo político, científico, comercial, religioso, artístico, de entretenimiento, etc.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile) ha subrayado la importancia de la difusión del mensaje y su inseparabilidad de la expresión de éste, al señalar que la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende, además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En ese sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.

Si bien, en principio, todas las expresiones están protegidas, no todas tienen el mismo nivel de protección, ya que este varía dependiendo de su importancia crítica para el funcionamiento de la democracia o para el ejercicio de los demás derechos fundamentales; es decir, existen casos en que la libertad de expresión debe ser mantenida con mayor énfasis, y en otros en que las restricciones que impondrían los poderes Legislativo o Judicial podrían ser toleradas más fácilmente; no todo lo que se expresa merece el mismo grado de protección.



“La libertad de expresión protege no solo la sustancia de la información y las ideas, sino también la forma o tono en que se expresan”.³⁸ Por ejemplo, entre las expresiones que suelen dársele mayor relevancia y, por ello ser de las que gozan de mayor protección, a través de requisitos más rigurosos que deben ser demostrados para justificar su restricción, se encuentran el discursos político, los asuntos de interés público, los que hacen referencia a funcionarios públicos o candidatos a ocupar cargos públicos.

Existen distintos tonos o modalidades y, en consecuencia, la protección de esta libertad comprende la manifestación de todo tipo de ideas y opiniones, desde aquellas que sean recibidas favorablemente o consideradas inofensivas, cultas, refinadas, elegantes, motivadas, puras, abstractas, destacadas, racionales o esporádicas, hasta las opiniones o expresiones indeseables que ofenden, inquietan o perturban al Estado o a cualquier sector de la sociedad, las cuales no pueden quedar excluidas como consecuencia de una interpretación restrictiva de la libertad de expresión.

La Corte Europea de Derechos Humanos (Caso Müller y otros), refiere que la libertad de expresión es aplicable son solo a informaciones o ideas que sean recibidas favorablemente o consideradas inofensivas u objeto de indiferencia, sino también aquellas que ofenden, chocan, molestan al Estado o a un sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y de apertura mental sin las cuales no hay sociedad democrática.

³⁸ Piñar Mañas, José Luis. **El derecho a la autodeterminación informativa**. Pág. 66.



Por otro lado, “el uso de la libertad de expresión para criticar o atacar, mediante el empleo de términos excesivamente fuertes y sin articular una opinión, pueden conllevar una sanción que no resultaría violatoria de la libertad d expresión”.³⁹ Es importante enfatizar que no se reconoce un derecho al insulto o a la injuria gratuita; es decir, no se amparan expresiones vejatorias innecesarias.

Existen instrumentos internacionales que explícitamente prohíben ciertos contenidos de discurso por ser violentos y violatorios de los derechos humanos, como son los discursos sobre incitación al odio por motivos discriminatorios, apología de la violencia, propaganda de guerra, incitación pública y directa al genocidio y pornografía infantil.

La Convención Americana, en su Artículo 13.1, indica que el derecho de expresión 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”.

2.4. La garantía del derecho a la libertad de expresión

El valor fundamental de la libertad de expresión en un Estado democrático ha sido reconocido por los Tribunales internacionales de Protección de los Derechos Humanos, convirtiéndola en una condición necesaria para prevenir sistemas autocráticos. La Corte Europea de Derechos Humanos, en la sentencia que recayó en el caso *Handyside*, señaló que “la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos

³⁹ Bretón, Felipe. *La utopía de la comunicación. El mito de la aldea global*. Pág. 58.



principales de la sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de quienes la componen”.⁴⁰

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Opinión consultiva OC - 5/85 sobre la colegiación obligatoria de periodistas) ha establecido de manera clara y precisa la relación entre democracia y libertad de expresión, al señalar que “la libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse”.⁴¹

En esta opinión consultiva, la Corte Interamericana fijó doctrina en el sentido de que la libertad de expresión tiene dos dimensiones:

- a) Una individual, importa el derecho a expresarse por cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento, y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. *Expresión y divulgación* del pensamiento son indivisibles. Si se cercena el derecho a divulgar, también se obstaculiza el derecho a expresarse libremente; así lo manifestó la Corte en los casos *Herrera Ulloa* (Párrafo 108) y *La Última Tentación de Cristo* (Párrafo 64).

⁴⁰ Viola, Francesco. **Pluralismo y tolerancia**. Pág. 735.

⁴¹ **Ibid.** Pág. 740.



b) La otra social, implica el derecho de todos a conocer, opiniones y noticias. Significa un derecho colectivo de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole; así lo manifestó la Corte en el caso *Iver Bronstein* (Párrafo 146).

Estas dos dimensiones tienen igual importancia y deben ser garantizadas simultáneamente, como lo manifestó la Corte en el caso *La última tentación de Cristo* (Párrafos 54, 67). Para el ciudadano común, observa la Corte Interamericana, tiene tanto significado el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros, como el derecho a difundir la propia, como lo manifestó en el caso *Iver Bronstein* (Párrafos 79, 11, 149).

El ejercicio de la libertad de expresión se garantiza con la prohibición de la censura, que implica que el Estado no puede someter las actividades expresivas o comunicativas de los particulares a la necesidad de solicitar un permiso a la autoridad, la única excepción a esta regla, establecida en el Artículo 13.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se refiere al sometimiento de espectáculos públicos a clasificaciones con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia. “Desde luego, la prohibición de la censura no significa que la libertad de expresión sea un derecho absoluto, lo que no puede es sujetarse a medidas de control preventivo, solo puede someterse a responsabilidades ulteriores”.⁴²

⁴² Levy, Pierre. **Ciberdemocracia. Ensayo sobre filosofía política.** Pág. 202.



La libertad de expresión, al igual que los demás derechos fundamentales, ~~no es un~~ derecho absoluto en ninguna de sus manifestaciones específicas, motivo por ~~el que~~ puede eventualmente estar sujeta a limitaciones adoptadas legalmente para preservar otros derechos, valores e intereses constitucional y legalmente protegidos, con los cuales puede llegar a entrar en aparente conflicto, entre los que se han aceptado los clásicos derechos a la vida privada, al honor, a la propia imagen, los ataques a terceros y a la moral, así como la incitación al delito y la perturbación del orden público.

Cuando se presenta un conflicto entre la libertad de expresión y otro derecho fundamental, se ha de proceder a un ejercicio de ponderación para determinar qué derecho prevalece en ese caso específico. Por otro lado, existe el derecho de réplica, que permite a toda persona ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación a través de una información inexacta o falsa, a que se difunda gratuitamente una declaración o rectificación por su parte, en términos equitativos y de forma análoga a la información que se rectifica.

2.5. La protección del derecho a la libertad de expresión en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

2.5.1. La situación actual de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano

El panorama ha cambiado. Hasta hace cerca de una década y media, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión (en adelante, *derecho a la libertad de expresión* o *libertad de expresión*) había sido escasamente tratado en la jurisprudencia de la



Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH). Sin pretender exagerar indebidamente, la jurisprudencia del tribunal en torno al Artículo 13 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) ha crecido de manera tal en los últimos años que hoy presenta marcadas tendencias sobre un variado abanico de temas específicos.

Hasta principios del siglo XXI, la Corte Interamericana se había referido específicamente al Artículo 13 de la Convención Americana tan solo en la famosa Opinión Consultiva OC-5/85 (en adelante OC-5/85), emitida con ocasión de una interrogante presentada por Costa Rica “en cuanto a la compatibilidad del derecho a la libertad de expresión con la colegiación obligatoria de periodistas”.⁴³

Quienes buscaban entender el contenido del referido Artículo, estaban obligados, en aquella época, a remitirse siempre a esa opinión consultiva. Y si bien para entonces la labor del otro órgano de protección en las Américas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión IDH), era ya mucho más abundante en la materia, lo cierto es que no fue hasta 2001 que la Corte Interamericana empezó a emitir sentencias, o lo que es igual, a decidir propiamente casos en torno al Artículo 13 de la Convención Americana. Dicho de otra manera, fue solamente a partir de entonces que el tribunal tuvo finalmente la oportunidad de abordar los reclamos de víctimas completas que consideran vulnerado su derecho a expresarse libremente.

⁴³ Corte IDH. **La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Artículos 13 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.** Serie A, No. 5.



La Corte Interamericana decidió su dos primeros casos contenciosos sobre el Artículo 13 de la Convención Americana en 2001 “(La Última Tentación de Cristo, Olmedo Bustos y otros)”⁴⁴ e (Ivcher Bronstein).⁴⁵ En 2004 otros dos (Herrera Ulloa)⁴⁶ y (Ricardo Canese)⁴⁷. En 2005 sumó un caso más (Palamara Iribarne)⁴⁸ y otro en 2006 (Claude Reyes y otros).⁴⁹

A mediados de 2008 otra decisión se agregó a las anteriores (Kimel).⁵⁰ En 2009 la Corte Interamericana emitió sentencias sobre cuatro nuevos casos (Tristán Donoso),⁵¹ (Ríos y otros)⁵² (Perozo y otros)⁵³ y (Usón Ramírez).⁵⁴ Finalmente, en 2010 y 2011 se añadieron dos decisiones más (Gomes Lund y otros)⁵⁵ y (Fontevicchia y D’Amico)⁵⁶ Es

⁴⁴ Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, No. 73.

⁴⁵ Corte IDH. Caso Ivcher Brostein vs. Perú. Reparaciones y costas. Sentencia del 6 de febrero de 2001. Serie C, No. 74.

⁴⁶ Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, No. 107.

⁴⁷ Corte IDH. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C, No. 111.

⁴⁸ Corte IDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, No. 135.

⁴⁹ Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C, No. 151.

⁵⁰ Corte IDH. Caso Kimel vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C, No. 177.

⁵¹ Corte IDH. Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C, No. 193.

⁵² Corte IDH. Caso Ríos y otros vs. Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C, No. 194.

⁵³ Corte IDH. Caso Perozo y otros vs. Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C, No. 195.

⁵⁴ Corte IDH. Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C, No. 207.

⁵⁵ Corte IDH. Caso Gomes Lund otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C, No. 219.

⁵⁶ Corte IDH. Caso Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. serie C No. 238.



importante recordar que ningún caso contencioso específico sobre libertad de expresión había sido resuelto en el siglo XX.

Ahora bien, si se dice que un hecho de la realidad vulnera la libertad de expresión, esa afirmación tiene como antecedente conocer el contenido de ese derecho. Una manera de comprender dicho contenido es a través de una aproximación normativa: la libertad de expresión es lo que el Artículo 13 de la Convención Americana dice que es. ¿Y quién está autorizado a hacer esa interpretación?: la Corte Interamericana. Por ejemplo, si se prohíbe una protesta social en la vía pública, ¿se viola la libertad de expresión?

Se pueden dar muchas respuestas, pero lo cierto es que la Corte Interamericana aún no la ha dado, como sí la ha dado para otro tipo de situaciones. Por ejemplo, si una persona es condenada penalmente por el delito de desacato, ello constituye una violación de la libertad de expresión, porque el tribunal así lo ha dicho al hacer la interpretación del Artículo 13 de la Convención Americana.

Para facilitar el análisis de los aspectos medulares de las decisiones de la Corte Interamericana se pueden agrupar en función a cinco ejes temáticos: 1) la prohibición de la censura previa; 2) los medios indirectos de violación de la libertad de expresión; 3) el derecho de acceso a la información; 4) la imposición de responsabilidades ulteriores a través de la difamación criminal y el desacato; y 5) la imposición de responsabilidades ulteriores a través de las sanciones civiles.



Antes de ello, es necesario hacer una breve referencia al aporte de la OC-5/85, donde todo este desarrollo jurisprudencial se inicia. Finalmente, a los temas pendientes en la agenda para la libertad de expresión en las Américas, que se espera puedan ser también abordados en la jurisprudencia futura de la Corte Interamericana.

2.5.2. La opinión consultiva OC-5/85

La OC-5/85 tuvo la virtud de responder mucho más allá de la consulta que Costa Rica le había planteado al tribunal interamericano. Como es conocido, en el sistema regional la Corte Interamericana puede ejercer su competencia consultiva cuando los Estados formulan preguntas en cuanto a la compatibilidad de su legislación con la Convención Americana. Es por ello que Costa Rica consultaba al Tribunal sobre la compatibilidad de las leyes que obligaban a los periodistas a colegiarse para ejercer su trabajo.

La Corte Interamericana determinó que esas leyes violaban la libertad de expresión. Para llegar a esa respuesta, el Tribunal dejó para la posteridad un análisis del Artículo 13 que ha sido retomado en cada una de las decisiones que le siguieron. Así, es importante destacar dos pilares básicos para la interpretación del Artículo 13 de la Convención Americana que fueron construidos en esta decisión: el primero, al que se denominará el *estándar democrático*; el segundo, al que se denominará el *estándar de las dos dimensiones*.

A través del *estándar democrático*, la Corte Interamericana propone que la libertad de expresión es un valor que, si se pierde, pone en peligro la vigencia de los principios



esenciales para la existencia de una sociedad democrática. La protección del derecho a expresar las ideas libremente se torna así fundamental para la plena vigencia del resto de los derechos humanos. En efecto, sin libertad de expresión no hay una democracia plena, y sin democracia, la triste historia hemisférica ha demostrado que desde el derecho a la vida hasta la propiedad son puestos en un serio peligro.

En palabras de la Corte Interamericana: “La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no esté bien informada no es plenamente libre”.⁵⁷

Por otra parte, el *estándar de las dos dimensiones* postula que el contenido de la libertad de expresión no debe vincularse solo con el aspecto individual del derecho, sino que también se relaciona con la dimensión colectiva o social del mismo.

En tal sentido, el texto de la OC-5/85 establece lo siguiente: “El Artículo 13 señala que la libertad de pensamiento y expresión ‘comprende la libertad de buscar’ recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención Americana tienen no solo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto,

⁵⁷ Corte IDH. **La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Artículos 13 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos)**. Supra nota 1, párr. 70.



cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no es solo el derecho de ese individuo que se está violando, sino también el derecho de todos a recibir informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el Artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”.⁵⁸

2.5.3. La prohibición de censura previa

Pasados poco más de quince años de la OC-5/85, la Corte Interamericana emitió sentencia en el caso *La Última Tentación de Cristo* (Olmedo Bustos y otros). La decisión está relacionada con el rechazo de la exhibición de la película *La Última Tentación de Cristo* por parte de instancias administrativas y judiciales chilenas. Los fundamentos de las autoridades estaban sustentados en la Constitución nacional y, en diversas normas reglamentarias internas. El Artículo 19 inciso 12 de la Constitución Política de Chile de 1980 —vigente durante la época del litigio— establecía, por ejemplo, un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica.

En su fallo, el tribunal declaró que la prohibición para la exhibición de la película era contraria al Artículo 13 de la Convención Americana. De la decisión de la Corte Interamericana se pueden rescatar dos cuestiones. La primera está vinculada con la aclaración explícita por parte del tribunal en torno a la prohibición de la censura previa

⁵⁸ **Ibid.** Párr. 30.



en el marco del Sistema Interamericano. La segunda, con la afirmación de que las vulneraciones a la libertad de expresión pueden provenir de cualquier poder del Estado, inclusive de la judicatura.

En relación con el primer aspecto, y reafirmando conceptos ya sostenidos en la OC-5/85, la Corte Interamericana fue más allá al decir que: “El Artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos, pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión”.⁵⁹

Nótese la fuerza de esta última frase para sostener que, para la Corte Interamericana, la prohibición de la censura previa es prácticamente absoluta. En cuanto al segundo aspecto, la Corte Interamericana sostuvo lo siguiente: “La responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el Artículo 19 número

⁵⁹ Corte IDH. **Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y Otros vs. Chile)**. Supra nota 3, párr. 70.



12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial”.⁶⁰

Por otra parte, citando al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), la Corte Interamericana afirmó que los mecanismos de protección de la libertad de expresión alcanzaban: “No solo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática”.⁶¹

Cabe señalar que Chile llevó adelante una serie de modificaciones legislativas dirigidas a cumplir con la decisión de la Corte Interamericana. Así, en la etapa de supervisión del cumplimiento de la sentencia, el Estado informó que el Congreso había aprobado un proyecto de reforma constitucional destinado a consagrar el derecho a la libre creación artística y la eliminación de la censura cinematográfica. Esta última sería sustituida además por un sistema de calificación regulado por ley. Al respecto, Chile informó al tribunal de la aprobación de la Ley sobre Calificación de la Producción Cinematográfica.

Esta norma establecía un sistema de evaluación basado en edades destinado a orientar a la población adulta sobre los contenidos de la producción cinematográfica,

⁶⁰ **Ibid.** Párr. 70.

⁶¹ **Ibid.** Párr. 72.



sin dejar de proteger a la infancia y a la adolescencia. La película *La Última Tentación de Cristo* quedó comprendida así dentro de la categoría *para mayores de 18 años*. La empresa encargada de la distribución de la película en Chile pudo finalmente difundirla en marzo de 2003. La primera solicitud para su exhibición se había realizado en 1988.

2.5.4. Los medios indirectos de violación de la libertad de expresión

Al día siguiente de la decisión en *La Última Tentación de Cristo*, la Corte Interamericana emitió su fallo en el *Caso Ivcher Bronstein*. En dicha sentencia, la Corte Interamericana abordó una situación fáctica que la llevó a determinar la importancia, el contenido y la manera de identificar los medios indirectos de violación de la libertad de expresión.

El Artículo 13.3 de la Convención Americana dispone que “no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares para restringir las compras o el acceso al 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”.

Si bien es cierto que la Convención Americana establece explícitamente que no puede limitarse la libertad de expresión a través de medios indirectos, en ocasiones la determinación de la existencia de un medio indirecto idóneo que limite la libertad de expresión puede ser bastante complicado. En el caso *Ivcher Bronstein*, la Corte



Interamericana emitió algunas pautas para su identificación retomando algunos estándares ya establecidos.

Así, en la Opinión Consultiva OC-5/85, el Tribunal había manifestado que: “Las infracciones al Artículo 13 pueden presentarse bajo diferentes hipótesis, según conduzcan a la supresión de la libertad de expresión o solo impliquen restringirla más allá de lo legítimamente permitido”.⁶² En la misma opinión consultiva, la Corte Interamericana distinguió además entre supresiones *radicales* y *no radicales* del derecho a la libertad de expresión.

En cuanto a las primeras, el tribunal indicó que: “En verdad no toda transgresión al Artículo 13 de la Convención implica la supresión radical de la libertad de expresión, que tiene lugar cuando, por el poder público se establecen medios para impedir la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias. Ejemplos son la censura previa, el secuestro o la prohibición de publicaciones y, en general, todos aquellos procedimientos que condicionan la expresión o difusión de la información, ideas, opiniones o noticias. En tal hipótesis, hay una violación radical tanto del derecho de cada persona a expresarse, como del derecho de todos a estar bien informados, de modo que se afecta una de las condiciones básicas de una sociedad democrática”.⁶³

Y en cuanto a aquellas supresiones *no extremas*, el tribunal sostuvo que: “La supresión de la libertad de expresión como ha sido descrita en el párrafo precedente, si bien

⁶² Corte IDH. **La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Artículos 13 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos)**. supra nota 1, párr. 53.

⁶³ **Ibid.** Párr. 54.



constituye el ejemplo más grave de violación del Artículo 13, no es la única hipótesis en que dicho Artículo pueda ser inesperado. En efecto, también resulta contradictorio con la Convención todo acto del poder público que implique una restricción al derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, en mayor medida o por medios distintos de los autorizados por la misma Convención; y todo ello con independencia de si esas restricciones aprovechan o no al gobierno”.⁶⁴

Sin embargo, para entonces, la Corte Interamericana no había tenido la oportunidad de emitir concretamente alguna sentencia en torno a aquellas medidas calificadas como *no extremas* o, como mejor se pueden denominar, *indirectas*.

En el *Caso Ivcher Bronstein*, el peticionario (y a la vez, presunta víctima) era un ciudadano peruano por naturalización que era accionista mayoritario de un canal de televisión. Para 1997, la legislación de dicho país exigía que los propietarios de los medios de comunicación fueran de nacionalidad peruana. El medio de comunicación del cual Ivcher era accionista mayoritario, transmitía un programa periodístico que realizaba fuertes críticas al gobierno de entonces, incluyendo la emisión de reportajes sobre abusos, torturas y actos de corrupción cometidos por el Servicio de Inteligencia Nacional.

Como consecuencia de estos informes, el Estado revocó la ciudadanía peruana al peticionario y le quitó el control del canal para entregárselo a los accionistas minoritarios. La línea editorial del medio dejó entonces de ser crítica del gobierno.

⁶⁴ **Ibid.** Párr. 55.



Ivcher presentó una denuncia ante la CIDH que fue finalmente enviada ante el tribunal en Costa Rica.

En su decisión, la Corte Interamericana reafirmó el *estándar de las dos dimensiones* del derecho a la libertad de expresión, pero indicó además que: “Es fundamental que los periodistas que laboran en los medios de comunicación gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos los que mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad”.⁶⁵

Asimismo, el tribunal clarificó el criterio para la distinción entre restricciones legítimas e ilegítimas del derecho a la libertad de expresión, al señalar que: “Al evaluar una supuesta restricción o limitación a la libertad de expresión, el Tribunal no debe sujetarse únicamente al estudio del acto en cuestión, sino que debe igualmente examinar dicho acto a la luz de los hechos del caso en su totalidad, incluyendo las circunstancias y el contexto en los que éstos se presentaron”.⁶⁶

Fue por ello que en el Caso Ivcher Bronstein, la Corte Interamericana sostuvo que: “En el contexto de los hechos señalados, esta Corte observa que la resolución que dejó sin efecto legal el título de nacionalidad del señor Ivcher constituyó un medio indirecto para

⁶⁵ Corte IDH. **Caso Ivcher Bronstein vs. Perú**. Supra nota 4, párr. 150.

⁶⁶ **Ibid.** Párr. 154.



restringir su libertad de expresión, así como la de los periodistas que laboraban e investigaban para el programa Contrapunto del Canal 2 de la televisión peruana”.⁶⁷

Y añadió que: “Al separar al señor Ivcher del control del Canal 2, y excluir a los periodistas del programa Contrapunto, el estado no solo restringió el derecho de éstos a circular noticias, ideas y opiniones, sino que afectó también el derecho de todos los peruanos a recibir información, limitando así su libertad para ejercer opiniones políticas y desarrollarse plenamente en una sociedad democrática”.⁶⁸

En 2009, la Corte Interamericana conoció dos nuevos casos que invocaban la utilización de medios indirectos para la restricción de la libertad de expresión. En *Ríos y otros*, así como *Perozo y otros*, la Comisión Interamericana alegó ante el tribunal que los periodistas y trabajadores de dos canales de televisión venezolanos (RCTV, en el *Caso Ríos y otros*; y Globovisión, para *Caso Perozo y otros*) habían sido víctimas de diversos actos de agresión y amenaza por parte de particulares, inclusive con armas de fuego, y que las sedes de ambos medios de comunicación habían sido objetos de ataques. La Comisión IDH sostuvo que en ambos casos el estado no cumplió con su deber de debida diligencia en la investigación y prevención de estos hechos.

Si bien la Corte Interamericana encuadró buena parte de su análisis de los hechos en la configuración de presuntas violaciones de los Artículos 13.1 y 5.1 de la Convención Americana, sobre al Artículo 13.3 el tribunal sostuvo que “no debía perderse de vista

⁶⁷ **Ibid.** Párr. 162.

⁶⁸ **Ibid.** Párr. 163.



que su listado de *medios indirectos* no era taxativo y que no le impedía considerar *cualesquiera otros medios* o vías indirectas como las derivadas de las nuevas tecnologías”.⁶⁹

El Tribunal señaló además que “la responsabilidad del Estado por restricciones o vías indirectas podía provenir también de actos de particulares cuando el Estado omitiera su deber de garantía considerando la previsibilidad de un riesgo real o inmediato, o cuando éste dejara de cumplir con su deber de protección”.⁷⁰

Estas restricciones, de acuerdo con la Corte Interamericana, “podían darse inclusive cuando de ellas no se derivase una ventaja para los funcionarios públicos que las provocan o toleran, pero siempre y cuando la vía o el medio restrinja efectivamente, aunque sea en forma indirecta, la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.⁷¹

En ambos casos, la Corte Interamericana examinó una serie de declaraciones emitidas por altas autoridades del Estado bajo circunstancias de alta polarización política y conflictividad social en Venezuela para señalar que, en el contexto de vulnerabilidad descrito, algunas de estas expresiones “pudieron ser percibidas como amenazas y

⁶⁹ Corte IDH. **Caso Ríos y otros vs. Venezuela**. Supra nota 11, párr. 340; **Corte IDH. Caso Perozo y otros vs. Venezuela**. Supra nota 12, párr. 367.

⁷⁰ Corte IDH. **Caso Ríos y otros vs. Venezuela**. Supra nota 11, párrs. 107-110 y 340; **Corte IDH. Caso Perozo y otros vs. Venezuela**. Supra nota 12, párrs. 118-121 y 367.

⁷¹ Corte IDH. **Caso Ríos y otros vs. Venezuela**. Supra nota 11, párr. 340; **Corte IDH. Caso Perozo y otros vs. Venezuela**. Supra nota 12, párr. 368.



provocar un efecto amedrentador, e incluso en las presuntas víctimas, por su relación con los medios de comunicación aludidos”.⁷²

En ambas sentencias, sin embargo, el tribunal concluyó que los efectos de tales pronunciamientos guardaban relación tan solo con los Artículos 1.1 y 13.1 de la Convención Americana, sin ser suficientes para configurar una violación de su Artículo 13.3”.⁷³

2.5.5. El derecho de acceso a la información

En las sentencias de los *Casos Claude Reyes y otros y Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)*, la Corte Interamericana ya no se refirió a la formulación clásica del Artículo 13 de la Convención Americana (en términos de la libertad de expresión) y sostuvo más bien la existencia de un nuevo derecho humano.

En concreto, en el Caso *Claude Reyes y otros* la Corte Interamericana afirmó que: “El Artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a *buscar y a recibir informaciones*, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho Artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado

⁷² Corte IDH. **Caso Ríos y otros vs. Venezuela.** Supra nota 11, párr. 341; **Corte IDH. Caso Perozo y otros vs. Venezuela.** Supra nota 12, párr. 369.

⁷³ Corte IDH. **Caso Ríos y otros vs. Venezuela. Supra nota 11, párrs. 334 y 416; Corte IDH. Caso Perozo y otros vs. Venezuela.** Supra nota 12, párrs. 362 y 426.



de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto”.⁷⁴

“En el caso, las víctimas habían solicitado a un ente de derecho público la información relacionada con un contrato de inversión extranjera celebrado originalmente entre el Estado y dos empresas extranjeras y una empresa chilena receptora, con el fin de desarrollar un proyecto de industrialización forestal, y que generó gran discusión pública por el impacto ambiental que podía tener.”⁷⁵

La información requerida fue considerada por la Corte Interamericana como de interés público ya que “dicho pedido guardaba relación con la verificación del adecuado actuar y cumplimiento de funciones por parte de un órgano estatal”.⁷⁶ Lo solicitado consistía en siete puntos, tres de los cuales no fueron respondidos por el Estado. Esta negativa generó el reclamo en la jurisdicción local la cual, una vez agotada, habilitó la instancia internacional.

Esta decisión del tribunal en Costa Rica es considerada histórica por muchas organizaciones de derechos humanos, dado que la Corte Interamericana se convirtió en el primer tribunal internacional en afirmar que el acceso a la información constituye un derecho fundamental. Pero la Corte Interamericana no solo interpretó que el acceso

⁷⁴ Corte IDH. **Caso Claude Reyes y otros vs. Chile**. Supra nota 8, párr. 77.

⁷⁵ **Ibid.** Párr. 73.

⁷⁶ **Ibid.**



a la información es un derecho garantizado por la Convención Americana. Además, el tribunal entregó algunas pautas sobre este derecho que habían sido formuladas anteriormente por la Comisión IDH y por organizaciones no gubernamentales.

Por ejemplo, el tribunal dispuso que la información “debía ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal”.⁷⁷ También estableció “el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones”.⁷⁸

Asimismo, el tribunal reconoció que este derecho puede admitir restricciones, pero que éstas: “Debían estar previamente fijadas por ley como medio para asegurar que no queden al arbitrio del poder público. Dichas leyes deben dictarse por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.⁷⁹

Sobre este último aspecto, la Corte Interamericana aclaró que: “La restricción establecida por ley debe responder a un objetivo permitido por la Convención Americana. Al respecto, el Artículo 13.2 de la Convención permite que se realicen restricciones necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás o la de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.⁸⁰

⁷⁷ **Ibid.** Párr. 77.

⁷⁸ **Ibid.** Párr. 92.

⁷⁹ **Ibid.** Párr. 89.

⁸⁰ **Ibid.** Párr. 90.



En cuanto a ese punto, el tribunal explicó que: “las restricciones que se impongan debían ser en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo”⁸¹; y que: “la carga de la prueba de las posibles restricciones a este derecho se encontraba en manos del Estado”.⁸² En otras palabras, toda limitación que impida a los ciudadanos ejercer su acceso a la información debía sujetarse a un control en el marco del test de proporcionalidad.

En el trámite del proceso, la Corte Interamericana valoró positivamente el hecho de que “Chile había realizado importantes avances en materia de consagración normativa del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, que incluían entre otros una reforma constitucional, y que se encontraba en trámite un proyecto de ley sobre dicho derecho. Sin embargo, el tribunal entendió que el Estado, de acuerdo a lo previsto por el Artículo 2 de la Convención Americana, debía ir más allá y adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección al derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, dentro de las cuales debía 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 capacitados”.⁸³

En relación con este último punto, la Corte Interamericana ordenó al Estado, *inter alia*, realizar “la capacitación a los órganos, autoridades y agentes públicos encargados de atender las solicitudes de acceso a información bajo control del Estado sobre la

⁸¹ **Ibid.** Párr. 91.

⁸² **Ibid.** Párr. 92.

⁸³ **Ibid.** Párr. 163.



normativa que rige este derecho, que incorpore los parámetros convencionales que deben respetarse en materia de restricciones al acceso a dicha información”.⁸⁴

Posteriormente, en el Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia), la Corte Interamericana retomó el tema del derecho de acceso a la información, pero esta vez en un contexto muy distinto al del Caso Claude Reyes. En Gomes Lund, una decisión referida a la detención arbitraria, tortura y desaparición forzada de decenas de personas como resultado de operaciones del ejército brasileño durante la dictadura militar, la CIDH presentó, entre otros, un alegato en cuanto a la afectación del derecho de acceso a la información que habían sufrido los familiares de las víctimas.

En esta sentencia el tribunal reiteró por completo su jurisprudencia en el Caso Claude Reyes. Pero en Gomes Lund la Corte Interamericana fue más allá y estableció que en Casos de violaciones a los derechos humanos, las autoridades estatales no podían alegar mecanismos como el secreto de Estado, la confidencialidad de la información o razones de interés público o de seguridad nacional, para no aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas a cargo de la investigación de tales hechos.

En tal sentido, el tribunal sostuvo que “cuando se trata de la investigación de un hecho punible, la decisión de calificar como secreta la información y negar su entrega, o de

⁸⁴ **Ibid.** Párr. 165.



determinar si la documentación existe, jamás puede depender exclusivamente del órgano estatal a cuyos miembros se les atribuye la comisión del hecho ilícito”.⁸⁵

Finalmente, la corte Interamericana concluyó que el Estado no podía ampararse en la falta de la existencia de documentos solicitados por las víctimas o sus familiares, sino que, por el contrario, fundamentar la negativa a proveerlos, demostrando que había adoptado todas las medidas a su alcance para comprobar que, efectivamente, la información solicitada no existía.

En palabras del Tribunal: “El Estado no puede ampararse en la falta de prueba de la existencia de los documentos solicitados, sino que, por el contrario, debe fundamentar la negativa a proveerlos, demostrando que ha adoptado todas las medidas a su alcance para comprobar que, efectivamente, la información solicitada no existía. Resulta esencial que, para garantizar el derecho a la información, los poderes públicos actúen de buena fe y realicen diligentemente las acciones necesarias para asegurar la efectividad de ese derecho, especialmente cuando se trata de conocer la verdad de lo ocurrido en casos de violaciones graves de derechos humanos como las desapariciones forzadas y la ejecución extrajudicial del presente caso”.⁸⁶

⁸⁵ Corte IDH. **Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil**. Supra nota 14, párr. 202.

⁸⁶ **Ibid.** Párr. 211.



CAPÍTULO III

3. El derecho al honor vs. el derecho a la libertad de expresión su tratamiento en el Sistema Interamericano

3.1. La responsabilidad penal

Se hará referencia ahora a las responsabilidades que surgen de los procesos penales, ya sea por delitos de difamación, calumnia o injurias o por el delito de desacato en los Estados parte en que aún este delito se encuentre vigente. Las decisiones de la Corte Interamericana en estos casos se fundan, en mayor o menor medida, en criterios tomados de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos también anunciados desde la Opinión Consultiva 5/85.

En resumen, para la Corte Interamericana, la posibilidad de imponer responsabilidades ulteriores por el presunto ejercicio abusivo del derecho a la libertad de expresión solo es admisible cuando su imposición sea necesaria en una sociedad democrática. En palabras del tribunal, esto quiere decir que: “La legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el Artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia,



preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el Artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el Artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”.⁸⁷

3.2. Los delitos de difamación, injuria o calumnia

La primera sentencia de la Corte Interamericana en materia de difamación criminal fue en el *Caso Herrera Ulloa*. El caso estaba referido al proceso y sanción penal impuesta al periodista Mauricio Herrera Ulloa y a la sanción civil recibida por este último y Fernán Vargas Rohrmoser, representante legal del periódico *La Nación* de Costa Rica, como consecuencia de haber publicado diversos artículos que reproducían parcialmente información de algunos diarios europeos referentes a supuestas actividades ilícitas de Félix Przedborski.

En la época de dichas publicaciones, Przedborski era representante de Costa Rica ante la Organización de Energía Atómica en Austria, en calidad de cónsul *ad honorem*. Cuatro de los Artículos publicados en el periódico fueron objeto de dos querellas interpuestas por Przedborski, lo cual dio lugar a un fallo condenatorio que declaró Herrera Ulloa como autor de cuatro delitos de publicación de ofensas en la modalidad de difamación con sus respectivas consecuencias penales y civiles. Además, se declaró al periódico *La Nación* como responsable civil solidario.

⁸⁷ Corte IDH. **La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Artículos 13 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos)**. Supra nota 1, párr. 42.



Al emitir su sentencia, la Corte Interamericana adelantó que no analizaría si las notas periodísticas publicadas constituían un delito determinado de conformidad con la legislación costarricense, sino más bien si a través de las condenas penal y civil (y sus consecuencias) impuestas al señor Mauricio Herrera Ulloa, el Estado había vulnerado el derecho a la libertad de expresión consagrado en el Artículo 13 de la Convención Americana.

Al resolver la cuestión de fondo, la Corte Interamericana señaló que: “Las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del Artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático. Esto no significa, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que este debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático [...] el acento de este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Aquellas cuestiones que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sus críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público”.⁸⁸

⁸⁸ Corte IDH. **Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica**. Supra nota 5, párrs. 128-129.



Herrera Ulloa fue sometido a un proceso penal que culminó con una sentencia condenatoria en la que el juez local, aplicando el Código Penal de Costa Rica, sostuvo que el periodista debía ser condenado dado que no había logrado demostrar la veracidad de los hechos atribuidos por diversos periódicos europeos a Przedborski.

A lo largo del proceso interno, Herrera Ulloa solamente había logrado demostrar que “el querellante había sido cuestionado a nivel periodístico en Europa”.⁸⁹ Para la Corte Interamericana, esta exigencia “entrañaba una limitación excesiva a la libertad de expresión, de manera inconsecuente con lo previsto en el Artículo 13.2 de la Convención”⁹⁰ toda vez que “producía un efecto disuasivo, atemorizador e inhibitor sobre todos los que ejercen la profesión de periodista, lo que, a su vez, impedía el debate público sobre temas de interés de la sociedad”.⁹¹

La Corte Interamericana entendió que el Estado había vulnerado el Artículo 13 de la Convención Americana, pues la restricción impuesta al ejercicio de la libertad de expresión de Herrera Ulloa había excedido el estándar contenido en dicha norma. La decisión de la Corte Interamericana tuvo un fuerte impacto en la jurisdicción interna, ya que, una vez notificada al Estado el tribunal costarricense que había impuesto la condena penal acordó revocarla y también sus efectos, para dar cumplimiento al fallo internacional.

⁸⁹ **Ibid.** Párr. 132.

⁹⁰ **Ibid.**

⁹¹ **Ibid.** Párr. 133.



La segunda sentencia sobre difamación criminal decidida por la Corte Interamericana fue la del *Caso Ricardo Canese*. Canese fue procesado y condenado por el delito de difamación como consecuencia de varias expresiones formuladas en 1992 cuando era candidato a la presidencia de Paraguay. Sus declaraciones cuestionaban a otro candidato, Juan Carlos Wasmosy, al cual se calificaba como testaferro o *prestanombre* de la familia del dictador Stroessner en una empresa.

Algunos de los socios de dicha empresa presentaron una querrela en contra de Canese por los delitos de calumnia e injuria. Canese fue condenado en primera instancia en 1994, apeló y la sentencia fue confirmada en 1997, imponiéndosele una pena de dos meses de penitenciaría y una multa.

Como consecuencia del proceso penal, fue sometido a restricciones de salidas del país por más de ocho años. El 11 de diciembre de 2002, con posterioridad a la interposición de la demanda ante la Corte Interamericana, la Corte Suprema de Justicia acogió un recurso de revisión interpuesto por Canese en el que se ordenó anular todas las sentencias en su contra.

La sentencia de la Corte Interamericana destacó la importancia de esta decisión de la Suprema Corte paraguaya, pero hizo notar que: “Los hechos generadores de las violaciones alegadas se cometieron durante el proceso penal seguido en contra de la presunta víctima hasta la emisión de la sentencia absolutoria el 11 de diciembre de 2002. La Corte debe recordar que la responsabilidad internacional del Estado se genera de inmediato con el ilícito internacional, aunque solo puede ser exigida después



de que el Estado haya tenido la oportunidad de repararlo por sus propios medios. Una posible reparación posterior llevada a cabo en el derecho interno no inhiere a la Comisión ni a la Corte para conocer un caso que ya se ha iniciado por supuestas violaciones a la Convención Americana, tal como el presente que se inició en el Sistema Interamericano en julio de 1998. Es por ello que la sola emisión de las mencionadas decisiones por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay en agosto y diciembre de 2002 no pueden ser consideradas por la Corte como elementos para dejar de conocer sobre las alegadas violaciones a la Convención Americana supuestamente ocurridas con anterioridad a su emisión”.⁹²

Al referirse al Artículo 13 de la Convención Americana, la Corte Interamericana repasó las dos dimensiones que engloba el derecho en cuestión y resaltó, una vez más, el estándar democrático al que se ha hecho referencias líneas *supra*. En conexión con esto último, el tribunal hizo una novedosa valoración con relación a las expresiones vertidas durante períodos electorales: “En el marco de una campaña electoral, la libertad de pensamiento y de expresión en sus dos dimensiones constituye un bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral, debido a que se transforma en una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan en los comicios y se transforma en un auténtico instrumento de análisis de las plataformas

⁹² Corte IDH. **Caso Ricardo Canese vs. Paraguay**. *Supra* nota 6, párr. 71.



políticas planteadas por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión”.⁹³

Además, el tribunal sostuvo que era indispensable que: “Se proteja y garantice el ejercicio de la libertad de expresión en el debate político que precede a las elecciones de las autoridades estatales que gobernarán un Estado. La formación de la voluntad colectiva mediante el ejercicio del sufragio individual se nutre de las diferentes opciones que presentan los partidos políticos a través de los candidatos que los representan. El debate democrático implica que se permita la circulación libre de ideas e información respecto de los candidatos y sus partidos políticos por parte de los medios de comunicación, de los propios candidatos y de cualquier persona que desee expresar su opinión o brindar información. Es preciso que todos puedan cuestionar e indagar sobre la capacidad e idoneidad de los candidatos, así como disentir y confrontar sus propuestas, ideas y opiniones de manera que los electores puedan formar su criterio para votar. En este sentido, el ejercicio de los derechos políticos y la libertad de pensamiento y de expresión se encuentran íntimamente ligados y se fortalecen entre sí”.⁹⁴

La valoración que hizo la Corte Interamericana respecto del proceso penal y la sentencia contra Canese vino a reforzar y consolidar la línea jurisprudencial iniciada con el Caso Herrera Ulloa. En primer lugar, la Corte Interamericana hizo referencia a

⁹³ **Ibid.** Párr. 88.

⁹⁴ **Ibid.** Párr. 90.



las restricciones permitidas en una sociedad democrática, para lo cual se valió del parámetro de necesidad elaborado en la Opinión Consultiva 5/85.

En segundo lugar, destacó “el mayor margen de tolerancia que debe existir frente a las afirmaciones y apreciaciones vertidas en el debate político o sobre cuestiones de interés público”⁹⁵ y relacionado con ello, explicó que las expresiones a funcionarios públicos o a otras personas particulares que ejercen funciones de naturaleza pública deben gozar de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público.

La consecuencia de lo anterior fue el insistir, como lo había hecho en Herrera Ulloa sobre el diferente umbral de protección que gozan ciertas personas, no por sus cualidades personales sino por lo que pueden involucrar las expresiones que sobre ellas se hacen: “Tratándose de funcionarios públicos, de personas que ejercen funciones de naturaleza pública y de políticos, se debe aplicar un umbral diferente de protección, el cual no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada”.⁹⁶

En ese sentido, en el caso Herrera Ulloa la Corte Interamericana ya había establecido que: “Las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública debían gozar, en los términos del Artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de

⁹⁵ **Ibid.** Párr. 97.

⁹⁶ **Ibid.** Párr. 103.



asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático”.⁹⁷

Sobre estas bases, la Corte Interamericana estimó que, en el proceso contra Canese, los tribunales paraguayos debieron tomar en consideración el contexto de campaña electoral en el cual se habían producido las declaraciones, “ponderando el respeto a los derechos o a la reputación de los demás con el valor que tiene en una sociedad democrática el debate abierto sobre temas de interés o preocupación pública”.⁹⁸

En el referido caso, quizá la conclusión más importante de la Corte es la siguiente: “El proceso penal, la consecuente condena impuesta al señor Canese durante más de ocho años y la restricción para salir del país aplicada durante ocho años y casi cuatro meses, hechos que sustentan el presente caso, constituyeron una sanción innecesaria y excesiva por las declaraciones que emitió la presunta víctima en el marco de la campaña electoral, respecto de otro candidato a la Presidencia de la República y sobre asuntos de interés público; así como también limitaron el debate abierto sobre temas de interés o preocupación pública y restringieron el ejercicio de la libertad de pensamiento y de expresión del señor Canese de emitir sus opiniones durante el resto de la campaña electoral. De acuerdo con las circunstancias del presente caso, no existía un interés social imperativo que justificara la sanción penal, pues se limitó desproporcionadamente la libertad de pensamiento y de expresión de la presunta víctima sin tomar en consideración que sus declaraciones se referían a cuestiones de

⁹⁷ Corte IDH. **Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica**. Supra nota 5, párrs. 128-129.

⁹⁸ Corte IDH. **Caso Ricardo Canese vs. Paraguay**. Supra nota 6, párrs. 105.



interés público. Lo anterior constituyó una restricción o limitación excesiva en una sociedad democrática al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión del señor Ricardo Canese, incompatible con el Artículo 13 de la Convención Americana. [...] Asimismo, el Tribunal considera que, en este caso, el proceso penal, la consecuente condena impuesta al señor Canese durante más de ocho años y las restricciones para salir del país durante ocho años y casi cuatro meses constituyeron medios indirectos de restricción a la libertad de pensamiento y de expresión del señor Canese. Al respecto, después de ser condenado penalmente, el señor Canese fue despedido del medio de comunicación en el cual trabajaba y durante un período no publicó sus Artículos en ningún otro diario”.⁹⁹

Es importante destacar que en estas dos sentencias de la Corte Interamericana se comenzó a delinear el argumento que pone en duda la utilización del derecho penal para imponer responsabilidades ulteriores a expresiones que pudieran afectar el honor de los funcionarios públicos.

Algunos años después, en el *Caso Kimel*, la Corte Interamericana también invalidó la sentencia penal dictada contra un periodista como consecuencia de expresiones por las que un funcionario público se sintió afectado. Sin embargo, en dicho caso la Corte Interamericana dio un paso más: consideró que la tipificación penal de estos delitos era poco específica y que violaba el principio de legalidad que ordena que los elementos de los delitos estén claramente descritos en la ley.

⁹⁹ **Ibid.** Párrs. 106 y 107



Los delitos de calumnia e injuria, al ser violatorios del principio de legalidad, no pueden ser admitidos válidamente como responsabilidades ulteriores en el marco de la Convención Americana: por ello, el tribunal consideró que la legislación penal en el caso de la República Argentina debía ser modificada.

El avance es evidente: en el caso Kimel, la Corte Interamericana impulsa la modificación legislativa en Argentina de los delitos de calumnias e injurias, lo que no había hecho ni en Herrera Ulloa ni en Canese. Es importante destacar que los tipos penales de Argentina no diferían sustancialmente de los de Costa Rica y Paraguay.

A pesar de ese avance, la Corte Interamericana introdujo en el caso Kimel un desafortunado párrafo donde parece alejarse de la tendencia despenalizadora de los delitos de calumnia e injuria. El párrafo 78 de la sentencia muestra la evidente tensión al interior del tribunal entre el voto concurrente del juez García Sayán y el del juez García Ramírez.

Mientras el último era consecuente con lo que había expresado en sus votos anteriores, el juez García Sayán desarrolla en su razonamiento la idea de que *en ciertas ocasiones las sanciones penales pueden ser impuestas, sin violar la Convención Americana, como consecuencia de expresiones que pudieran dañar el honor de los funcionarios públicos.*

El Párrafo 78 dice: “La Corte no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, pero esta posibilidad



se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales. En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación. En este orden de consideraciones, la Corte observa los movimientos en la jurisprudencia de otros Tribunales encaminados a promover, con racionalidad y equilibrio, la protección que merecen los derechos en aparente pugna, sin mellar las garantías que requiere la libre expresión como baluarte del régimen democrático”.¹⁰⁰

Si este fuera el criterio de la Corte Interamericana, podría entrar en franca contradicción con lo que el propio tribunal decidió en otra parte de la sentencia en el mismo caso *Kimel*, esto es, que los delitos de calumnia e injuria, como se encuentran tipificados en Argentina, vulneraron el principio de legalidad.

Por ello, se dice que el párrafo 78 es desafortunado, aunque puede ser leído de manera coherente con el resto de la decisión, y entenderse que la Corte Interamericana allí se refiere a otras expresiones no vinculadas con ataques contra el honor, donde las sanciones penales pudieran tener cabida como consecuencia de tales expresiones, por ejemplo, las que hace referencia el Artículo 13.5 de la Convención Americana.

A inicios de 2009 la Corte Interamericana emitió una nueva sentencia sobre el Caso *Tristán Donoso*. Santander Tristán Donoso, un abogado panameño, había sido,

¹⁰⁰ Corte IDH. **Caso Kimel vs Argentina**. Supra nota 9. Párrafo 78.



condenado esta vez por los delitos de difamación e injuria por haber asegurado en una conferencia de prensa que un funcionario del Estado había grabado sus conversaciones telefónicas y las había puesto en conocimiento de terceros.

La Corte Interamericana sostuvo que la difusión de las conversaciones telefónicas violó el Artículo 11 de la Convención Americana en perjuicio de Santander Tristán Donoso. El tribunal decidió que el Estado al imponer una sanción penal sobre el abogado violó el Artículo 13 de la Convención Americana.

En este caso, la Corte Interamericana reiteró sus conclusiones de los Casos Herrera Ulloa y Canese respecto de que, en el contexto democrático, las expresiones sobre funcionarios públicos o personas que ejercen funciones públicas, así como sobre los candidatos a ejercer cargos públicos, deben gozar de un margen de apertura particularmente reforzado que les expone en mayor grado al escrutinio y a la crítica del público.

De acuerdo con el tribunal, “lo anterior se justifica, precisamente, por el carácter de interés público de las actividades que realizan, porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente y porque tienen una enorme capacidad de controvertir la información a través de su poder de convocatoria pública”.¹⁰¹

Sin embargo, en el caso Tristán Donoso la Corte Interamericana no encontró que se haya violado el Artículo 2 de la Convención Americana, como sí había decidido en el

¹⁰¹ Corte IDH. **Caso Tristán Donoso vs. Panamá**. Supra nota 1, párr. 115.



caso Kimel. Esta conclusión, sin embargo, parece responder a las circunstancias que el propio caso presentaba.

En palabras del Tribunal: “Por otra parte, no ha quedado demostrado en el presente caso que la referida sanción penal haya resultado de las supuestas deficiencias del marco normativo que regulaba los delitos contra el honor en Panamá. Por ello, el Estado no incumplió la obligación general de adoptar disposiciones de derecho interno establecida en el Artículo 2 de la Convención Americana. Asimismo, la Corte observa y valora positivamente que, con posterioridad a los hechos que motivaron el presente caso, se introdujeron importantes reformas en el marco normativo panameño en materia de libertad de expresión”.¹⁰² El Tribunal tampoco encontró que se haya violado el principio de legalidad del Artículo 9 de la Convención Americana.

Asimismo, la Corte Interamericana sostuvo que: “Finalmente, si bien la sanción penal de días-multa no aparece como excesiva, la condena penal impuesta como forma de responsabilidad ulterior establecida en el presente caso es innecesaria. Adicionalmente, los hechos bajo el examen del Tribunal evidencian que el temor a la sanción civil, ante la pretensión del ex Procurador de una reparación civil sumamente elevada, puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibitorio para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal, en tanto tiene la potencialidad de comprometer la vida personal y familiar de quien denuncia a un funcionario público, con

¹⁰² **Ibid.** Párrs. 131-132.



el resultado evidente y disvalioso de autocensura, tanto para el afectado como para otros potenciales críticos de la actuación de un servidor público”.¹⁰³

El argumento en cuanto al efecto inhibitor no solo de las sanciones penales, sino también de las que puedan emanar de procesos civiles tuvo un impacto positivo para futuros casos. Sin embargo, la decisión del *Caso Tristán Donoso* no avanza al punto de afirmar que la aplicación de los delitos difamación criminal sean *per se* violatorios de la Convención Americana, inclusive cuando la expresión bajo estudio esté referida a funcionarios públicos o a asuntos de interés público.

En su decisión, la Corte Interamericana toma como punto de partida su aproximación en las sentencias Herrera Ulloa y Canese para cuestionar el uso de leyes de difamación criminal en circunstancias similares.

Al igual que en el caso Kimel, sin embargo, la sentencia de la Corte Interamericana deja abierta la posibilidad para que, sujeto a ciertas condiciones, el uso de los delitos de difamación criminal sea permitido inclusive para casos que involucren a funcionarios del Estado o a expresiones sobre asuntos de interés público. Si el tribunal reconoció el efecto inhibitor de las sanciones criminales y civiles, cabría preguntarse por qué no se afirmó que los delitos de difamación criminal, al generar tal efecto, pudieran resultar incompatibles con el *Caso Kimel* que influenció también la sentencia en el *Caso Tristán Donoso*.

¹⁰³ **Ibid.** Párr. 129.



A todo esto, debe añadirse lo dicho por la Corte Interamericana en el *Caso Usón Ramírez*. Francisco Usón, un militar en retiro que fue condenado en Venezuela por el delito de *injuria contra la Fuerza Armada Nacional*, luego de emitir opiniones críticas en un programa televisivo acerca de la actuación de dicha institución en el caso de un grupo de soldados que habían resultado gravemente heridos en una instalación militar.

Al igual que en *Kimel*, la Corte Interamericana estimó que la norma penal aplicada para sancionar a Usón no cumplía del derecho con las exigencias del principio de legalidad por ser ambigua, y entendió que la aplicación del derecho penal al caso del no principio era idónea, necesaria y estrictamente proporcional. La Corte Interamericana ordenó al Estado, entre otras medidas, dejar sin efecto el proceso penal militar contra la víctima y modificar, en un plazo razonable, el tipo penal utilizado.

3.3. El delito de desacato

A diferencia de los casos sobre difamación, calumnia e injuria antes comentados, en la sentencia del *Caso Palamara Iribarne vs Chile*, la Corte Interamericana se inclina claramente por la necesidad de la derogación de los delitos de desacato.

Los hechos expuestos en la demanda se referían a la prohibición de la publicación del libro de Palamara Iribarne, titulado *Ética y servicios de inteligencia*, en el cual se abordaban aspectos relacionados “con la inteligencia militar y la necesidad de adecuarla a ciertos parámetros éticos; la presunta incautación de los ejemplares del libro, sus originales, un disco que contenía el texto íntegro y la matricería



electroestática de la publicación, y todo lo efectuado en la sede de la imprenta donde éste se publicaba; así como la supuesta eliminación del texto del libro del disco duro de la computadora personal que se encontraba en el domicilio de Palamara Iribarne, y a la incautación de los libros que se encontraban en dicho domicilio”.¹⁰⁴

Según lo indicado por la Comisión Interamericana, “el señor Palamara Iribarne, Oficial retirado de la armada chilena, se desempeñaba en el momento de los hechos como funcionario civil de la Armada de Chile en la ciudad de Punta Arenas”.¹⁰⁵

La Comisión IDH indicó que “Palamara Iribarne fue sometido a un proceso por dos delitos de desobediencia por los que fue condenado, y que éste dio una conferencia de prensa producto de la cual también fue procesado y en definitiva condenado por el delito de desacato”.¹⁰⁶

En lo que se refiere a la violación del Artículo 13 de la Convención Americana, la Corte Interamericana tenía que decidir acerca de dos cuestiones: 1) Si la prohibición de censura previa que trae el Artículo 13.2 tiene solo la limitación del Artículo 13.4, y, 2) Si los delitos de desacato son incompatibles con el Artículo 13. Los argumentos del tribunal responden a esas dos cuestiones.

¹⁰⁴ Corte IDH. **Caso Palamara Iribarne vs. Chile**. Supra nota 7, párr. 2.

¹⁰⁵ **Ibid.**

¹⁰⁶ **Ibid.**



Respecto del primer punto, la Corte Interamericana manifiesta claramente que “la censura previa es permitida únicamente bajo los supuestos del inciso 4 del Artículo 13”.¹⁰⁷ Esto había sido establecido ya en la sentencia del caso *La Última Tentación de Cristo*.

Palamara Iribarne es un caso fácticamente más complejo para dilucidar los límites a la censura previa. Si un militar adquiere conocimientos de ciertos secretos relacionados con la seguridad nacional y decide publicarlos, parece claro que el Estado debería tener la potestad de impedirlo y no solo de sancionarlo después.

Por ejemplo, si durante un conflicto armado, un militar decide publicar la ubicación de las tropas o de los arsenales bélicos, es razonable que se le impida hacerlo. Sin embargo, la opinión que hasta antes del caso Palamara Iribarne había dado la Corte Interamericana era que la censura previa es solo admitida para los casos del inciso 4 del Artículo 13, por lo que la situación del militar planteado quedaría fuera.

En el caso Palamara Iribarne, la Corte Interamericana dijo que no analizaría si el militar en retiro debía guardar reserva sobre ciertos asuntos confidenciales dado que se había demostrado que su libro abordaba asuntos de interés público y que, además, este no se basaba en cuestiones que él habría adquirido en razón de su cargo en la fuerza armada.

¹⁰⁷ **Ibid.** Párrs. 72-73.



La pregunta era entonces, ¿qué hubiera pasado si esa no hubiera sido la situación?, ¿hubiera sido posible la censura previa? Hay algunas opiniones que dicen que aun cuando la Corte Interamericana puede crear confusión al decir que no analizará la cuestión del deber de confidencialidad la respuesta está en sus propias palabras cuando afirma que “la violación del deber de confidencialidad puede acarrear responsabilidades posteriores sin hacer referencia a la posibilidad de restricción o censura previa”.¹⁰⁸

Respecto del delito de desacato, en Palamara Iribarne la Corte Interamericana da una interpretación final positiva y acorde con lo que venía sosteniendo la Comisión Interamericana desde 1994 en cuanto a “la incompatibilidad de dichas normas con la Convención Americana”.¹⁰⁹

Al leer la sentencia, se advierte que constantemente el tribunal hace referencia al presente caso y a la desproporción de la reacción estatal. Hasta allí, los argumentos de condena por violación al Artículo 13 de la Convención Americana siguen la línea de los casos Canese y Herrera Ulloa, incluso con la cuestión del diferente umbral a aplicar en los casos de expresiones sobre interés público. Pero a partir del párrafo 89 de la decisión, el tribunal gira su línea argumental y termina pidiendo a Chile la derogación del delito de desacato que subsistía en la legislación.

¹⁰⁸ **Ibid.** Párr. 77.

¹⁰⁹ Corte IDH. **Informe Anual, 1994.** s. p.



Finalmente, la Corte Interamericana afirmó que: “Al haber incluido en su ordenamiento interno normas sobre desacato contrarias al Artículo 13 de la convención, algunas aun vigentes, Chile ha incumplido la obligación general de adoptar disposiciones de derecho interno que emana del Artículo 2 de la Convención”.¹¹⁰

El incumplimiento del Artículo 2 de la Convención Americana no se encontró en los casos Herrera Ulloa, Ricardo Canese, Tristán Donoso y tampoco en el Caso *Fontevicchia y D'Amico*, pero sí en los casos Kimel y Usón Ramírez. Se puede decir que si hasta antes del caso Kimel hubo dudas, con el caso Palamara Iribarne, donde el tipo penal era el de desacato, la Corte Interamericana sin ningún titubeo solicitó la derogación.

3.4. La sanción de responsabilidad civil

Finalmente, y aunque no es un caso de imposición de sanciones penales, no se puede omitir mencionar el precedente sentado por la Corte Interamericana en la sentencia en el Caso *Fontevicchia y D'Amico*. El caso es particularmente importante, porque es la primera vez que el tribunal aborda la problemática de la imposición de responsabilidades ulteriores civiles como mecanismo de restricción indebida de la libertad de expresión.

¹¹⁰ **Ibid.** Párr. 95.



En este caso, los tribunales argentinos habían impuesto una condena civil sobre Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, director y editor, respectivamente, de la revista *Noticias*, como responsabilidad ulterior por la publicación de dos Artículos en 1995 referidos, *inter alia*, a la existencia de un hijo no reconocido de Carlos Saúl Menem, entonces presidente de la nación, con una diputada, y a las relaciones tejidas a lo largo de los años entre tales personajes. La Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró que se había violado el derecho a la vida privada del alto funcionario como consecuencia de aquellas publicaciones.

Al momento de realizar su análisis, el tribunal examinó, tal como realizara en los casos en donde la imposición fuera de sanciones penales, “si la medida de responsabilidad ulterior civil aplicada [...] cumplió con los requisitos de estar prevista en la ley, perseguir un fin legítimo y ser idónea, necesaria y proporcional”.¹¹¹ En otras palabras, aplicó la totalidad del marco analítico de la pertinencia de la difamación criminal a las responsabilidades ulteriores civiles.

La Corte Interamericana señaló que la información publicada en el caso era de interés público y que, para la fecha de su difusión, esta ya se encontraba en el dominio público, por lo que no se encontró que hubiera una injerencia arbitraria en el derecho a la vida privada de Menem.

¹¹¹ Corte IDH. **Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina**. Supra nota 15, párr. 51.



De hecho, el Tribunal puso un particular énfasis en el análisis de los actos propios del entonces presidente en torno a tales hechos para concluir que, bajo dicho contexto, no le correspondía alegar una razonable expectativa de protección de su privacidad. De este modo, el Tribunal consideró que la imposición de la sanción civil constituía *per se* una violación del Artículo 13 de la Convención Americana.

En palabras de la Corte Interamericana: “Este Tribunal considera que las publicaciones realizadas por la revista Noticias respecto del funcionario público electivo de más alto rango del país trataban sobre asuntos de interés público, que los hechos al momento de ser difundidos se encontraban en el dominio público y que el presunto afectado con su conducta no había contribuido a resguardar la información cuya difusión luego objetó. Por ello, no hubo injerencia arbitraria en el derecho a la vida privada del señor Menem. De tal modo, la medida de responsabilidad ulterior impuesta, que excluyó cualquier ponderación en el caso concreto de los aspectos de interés público de la información, fue innecesaria en relación con la alegada finalidad de proteger el derecho a la vida privada”.¹¹²

Otro aspecto por destacar, siguiendo lo dicho en el caso Tristán Donoso, es la afirmación de la Corte Interamericana en cuanto al efecto inhibitorio que también puede causar la imposición de sanciones civiles en tales contextos: “La Corte estima oportuno reiterar que el temor a una sanción civil desproporcionada puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibitorio para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal, en tanto tiene la potencialidad de comprometer la vida personal y

¹¹² **Ibid.** Párr. 71.



familiar de quien denuncia o, como en el presente caso, publica información sobre un funcionario público, con el resultado evidente y disvalioso de autocensura, tanto para el afectado como para otros potenciales críticos de la actuación de un servidor público”.¹¹³

En este caso, los representantes alegaron también que el Artículo 1071 bis de Código Civil argentino era incompatible con el Artículo 2 de la convención Americana en tanto: a) otorgaba una amplia discrecionalidad al juzgador para determinar la arbitrariedad de las intromisiones en la vida privada de los individuos, pero sin considerar si la información es o no de interés público; b) no establecía criterios claros para la determinación de los montos por condenas civiles en los que se determinase una violación del derecho a la intimidad.

La Corte Interamericana, sin embargo, consideró que en el caso “no fue la norma en sí misma la que determinó el resultado lesivo e incompatible con la Convención Americana, sino su aplicación el caso concreto por las autoridades judiciales del Estado, la cual no observó los criterios de necesidad mencionados”.¹¹⁴

Para el tribunal, “aquella disposición, en grado suficiente, permite a las personas regular sus conductas y prever razonablemente las consecuencias de su infracción. De tal modo que su aplicación resulte conforme a la Convención dependerá de su interpretación judicial en caso concreto”.¹¹⁵ Irónicamente, pareciera que en el ámbito de las normas que regulan la imposición de las sanciones civiles la Corte

¹¹³ **Ibid.** Párr. 74.

¹¹⁴ **Ibid.** Párr. 91.

¹¹⁵ **Ibid.** Párr. 92.



Interamericana estuviera dispuesta a aceptar cierto grado de vaguedad e incertidumbre -impensable en el ámbito penal- para no caer en una suerte de “rigidez excesiva”¹¹⁶

Quizás los futuros casos en torno a esta temática puedan arrojar más luces sobre esta cuestión.

3.5. Otros aspectos del derecho a la libertad de expresión que se infieren del Artículo 13 de la Convención Americana

La Opinión Consultiva 5/85 constituyó varios criterios generales como el estándar democrático, la doble dimensión de la libertad de expresión, la limitación de las responsabilidades ulteriores, etc., criterios que, más de 15 años después, fueron estándares útiles para resolver casos donde se ventilaban cuestiones vinculadas a la censura previa, a los medios indirectos de amenaza a la libertad de expresión, al acceso a la información, a las sanciones penales en casos de calumnias, injurias y desacato y las sanciones civiles en casos de pretendidas violaciones del derecho a la intimidad. Sobre estos temas la Corte Interamericana ya ha dado lineamientos concretos sobre su análisis a la luz del Artículo 13 de la Convención Americana.

Por supuesto, resultaría un trabajo de mucha extensión agotar todos los comentarios o interpretaciones que la Corte Interamericana ha hecho en relación con el Artículo 13 de la Convención Americana.

¹¹⁶ **Ibid.**



Sin perjuicio de ello, es importante hacer notar que, a manera de *obiter dicta*, el tribunal también ha expresado su opinión en sus sentencias sobre cuestiones tales como “el derecho a la libertad de expresión y el uso de la lengua”,¹¹⁷ “la libertad de opinión”,¹¹⁸ “la libertad de expresión de los funcionarios públicos”,¹¹⁹ “la importancia de la libertad de expresión en los partidos electorales”,¹²⁰ “la importancia del periodismo como manifestación de la libertad de expresión”,¹²¹ “las condiciones de protección e independencia que se deben garantizar a los periodistas”,¹²² “la restricción de la libertad de expresión mediante condiciones de facto”¹²³ y “la participación de personas y grupos de oposición en una sociedad democrática”.¹²⁴

Sin embargo, los problemas para el ejercicio de la libertad de expresión en las Américas van mucho más allá de todos los temas antes mencionados. Sin ánimo de ser exhaustivos, se pueden mencionar una lista de problemas que son frecuentemente citados como violaciones a la libertad de expresión en la región latinoamericana como:

- a) El uso arbitrario y a veces discriminatorio de la publicidad oficial por parte de los gobiernos.

¹¹⁷ Corte IDH. **Caso López Álvarez vs. Honduras**. Supra nota 16, párr. 164.

¹¹⁸ Corte IDH. **Caso Kimel vs. Argentina**. Supra nota 9, párr. 93.

¹¹⁹ Corte IDH. **Caso Ríos y otros vs. Venezuela**. Supra nota 11, párr. 139.

¹²⁰ Corte IDH. **Caso Ricardo Canese vs. Paraguay**. Supra nota 6, párr. 88.

¹²¹ Corte IDH. **Herrera Ulloa vs. Costa Rica**. Supra nota 5, párr. 118.

¹²² **Ibid.** Párr. 119.

¹²³ Corte IDH. **Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia**. Supra nota 16, párr. 172.

¹²⁴ **Ibid.** Párr. 173.



- b) La distribución arbitraria de frecuencias radioeléctricas para instalar estaciones de radio o televisión.
- c) La problemática, vinculada con la anterior, de la concentración de la propiedad de los medios de comunicación.
- d) La prohibición o la criminalización de la protesta social.
- e) La publicidad de encuestas en tiempos de campaña electoral.

Hasta el momento, la Corte Interamericana no ha resuelto casos específicos sobre esos temas. El avance de la jurisprudencia en el Sistema Interamericano estará confirmado en los próximos años cuando estas cuestiones empiecen a ser debatidas y sea la Corte Interamericana quien fije los contenidos del Artículo 13 de la Convención Americana. Pero para que ello ocurra, todos los actores del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos deberán pensar estratégicamente sus litigios de manera que los temas puestos en conocimiento de la Corte Interamericana no solo no repitan situaciones como las ya decididas, sino que pongan a debate otros temas como los aquí mencionados.



CAPÍTULO IV

4. La libertad de expresión en el derecho comparado

En Guatemala, y puede decirse que en la región latinoamericana en general, la jurisprudencia sobre la libertad de expresión es escasa o bien inexistente. Ello es así porque la finalización de los gobiernos dictatoriales, sin perjuicio de que aún existen en algunos países, en unos de manera muy radical como el caso de Cuba, Nicaragua y Venezuela (e incipientemente en El Salvador); y en otros de manera solapada como el caso de Argentina, es demasiado reciente y ni los ciudadanos de los Estados latinoamericanos poseen una cultura de reivindicación de su derecho a la libertad de expresión, ni los ordenamientos jurídicos de dichos Estados han desarrollado una legislación en materia de libertad de expresión, ni sus tribunales han elaborado mayor jurisprudencia al respecto.

Resulta fácil entender la autorrestricción de los ciudadanos latinoamericanos, tanto en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión como en la judicialización del mismo, pues la actitud reaccionaria de los gobiernos dictatoriales que tuvieron que retroceder gracias al avance de la democracia y de los derechos humanos, dejó una fuerte cultura del miedo a la represión en las generaciones que aún subsisten y que no han logrado y posiblemente no logren superar las restricciones materiales, culturales y psicológicas que les imprimieron las dictaduras.



No sucede lo mismo en el mundo anglosajón ni en algunos países del mundo continental-europeo, en cuyos territorios los ciudadanos han disfrutado de más amplias libertades, no solo en su ejercicio sino también en su judicialización y los tribunales han tenido la oportunidad de construir una amplia y desarrollada jurisprudencia en torno al derecho a la libertad de expresión.

En el ámbito anglosajón, el cual constituye una familia jurídica con distintos principios a los del derecho continental europeo, la jurisprudencia estadounidense ha sido pionera en el ámbito del derecho a la libertad de expresión; de igual manera, algunos aspectos del tratamiento del derecho a la libertad de expresión ha generado importante jurisprudencia en el ámbito continental-europeo que pertenece a la familia del derecho romano-canónico o romano-germánico, de la cual son herederos los ordenamientos de los Estados latinoamericanos.

4.1. Las expresiones objeto de limitación

Aunque en principio las Constituciones y los tratados internacionales de derechos humanos otorgan plena protección a la libre difusión de ideas y pensamientos, en casi todas las sociedades se ha planteado en algún momento la cuestión de si realmente todas las ideas, especialmente las ideas políticas, sociales, culturales y las referidas a la crítica gubernamental, deben poder expresarse libremente.



En las dictaduras el problema no se plantea como tal, porque en su esencia está la posibilidad de prohibir las ideas que resulten incompatibles con las del poder y, en todo caso, se proscribe las que se perciban como una amenaza para quien manda. En las democracias, en cambio, la cuestión no es tan fácil.

En la discusión acerca de la permisibilidad frente a discursos que pongan en riesgo el *statu quo* político, suele citarse siempre la reflexión de Karl Popper sobre la cantidad de libertad de expresión que pueden soportar las sociedades abiertas. Este filósofo parte de la idea clásica liberal de que “la tolerancia de las ideas ajenas, y la consecuente confrontación de teorías contrarias, contribuye a encontrar la verdad objetiva”.¹²⁵ Popper, sin embargo, escribió esto en 1945 y con la experiencia nazi muy reciente, creía que la tolerancia ilimitada conduce a la desaparición de la tolerancia.

En su opinión, en principio las concepciones filosóficas intolerantes deben intentar contrarrestarse mediante argumentos racionales expuestos en el libre debate. Sin embargo, cuando estas doctrinas inspiran a imponerse no a través del debate sino de la fuerza, Popper reclama el derecho a no tolerar a los intolerantes. Defiende entonces que los movimientos que predicán la intolerancia queden al margen de la ley y se considere delictiva la incitación a la intolerancia.

A pesar de los cuidadosos términos en los que se expone esta teoría, diferenciando entre incitación y mera exposición de ideas, se suele invocar como fundamento de la prohibición de determinadas ideas que se consideran peligrosas para la democracia.

¹²⁵ Popper, Karl. **Después de la sociedad abierta. Escritos políticos.** Pág. 245.



Ello plantea un problema añadido que no es menor: la posibilidad de alcanzar un consenso social sobre qué ideologías son realmente peligrosas y cuáles no. En última instancia, se corre el riesgo de que este tipo de prohibiciones se utilice para imponer mediante la ley determinadas ideologías, silenciando otros rivales.

Es necesario señalar que, realmente, a lo largo de la historia cualquier reconocimiento de cierta libertad de expresión ha excluido siempre la difusión de ideas políticamente peligrosas. En la Atenas clásica la única excepción al derecho de expresarse libremente en la Asamblea eran las expresiones que pusieran en duda los principios esenciales de la ciudad. En Francia, tras la Revolución, se aprueba en 1797 una orden que ordena fusilar a cualquiera que se expresara públicamente a favor de la vuelta de la monarquía.

En los Estados Unidos, tras la aprobación de la Primera Enmienda, se aprueba inmediatamente la *Sedition Act* de 1798 que condena la colaboración con potencias enemigas, incluyendo su apología o la publicación de informaciones peligrosas para el Estado. Por su parte, en España, durante todo el siglo XIX, el reconocimiento de la libre expresión convivió con la prohibición de difundir ideas contrarias al orden político establecido.

Es así, que la idea de restringir los discursos peligrosos no es nueva ni intrínseca al nacimiento de las democracias de los derechos a mitad del siglo XX. Las teorías de Popper no son fruto de una malograda experiencia democrática de excesiva apertura,



sino la mera continuación del temor histórico que siempre se ha sentido frente a la posibilidad de que los disidentes difundan ideas contrarias al poder establecido.

La discusión sigue abierta en la actualidad e incluso se está acentuando en los últimos años. “A favor de la prohibición de ideas disidentes se defiende que las sociedades tolerantes tienen un concepto meramente procedimental de la democracia, basado exclusivamente en las elecciones; las sociedades que prohíben las ideas antidemocráticas tendrían un concepto sustantivo basado en los contenidos”.¹²⁶

Es una visión de trazo amplio, que desprecia los procedimientos democráticos, presentándolos como expresión de un formalismo vacío. La auténtica discusión en estos momentos gira en torno a la coherencia del principio democrático y cuales excepciones admite. También en torno a los riesgos reales e imaginarios del libre discurso disidente.

En el mismo sentido favorable a la prohibición, se aduce que hay ideas tan amenazantes que es mejor no confiar en que puedan ser vencidas exclusivamente mediante el discurso enfrentado. Ante esto, no solo cabe argumentar que la fortaleza de una sociedad democrática no está únicamente en la posibilidad de discutir las ideas con ideas, sino que también es necesario alertar sobre los riesgos en la aplicación práctica de una teoría que deja en manos de los jueces decidir qué ideología es o no peligrosa.

¹²⁶ Añón, María José. **Derechos fundamentales y estado constitucional**. Pág. 209.



Dicho esto, en el momento actual nadie obvia los riesgos de la difusión de ideologías totalitarias. Es un peligro acentuado por el control de los medios de comunicación en manos de unos pocos y la posibilidad de construir noticias falseadas y rumores que, mediante la exacerbación del miedo, lleven a la población a formarse ideas equivocadas. Las ideas antidemocráticas que se difunden de manera populista, mediante la mentira y sin permitir el adecuado contraste con otras ideas, pueden resultar convincentes para amplias masas de población.

Con ello se pueden provocar auténticos desastres. No hace falta remontarse al nazismo, pues la experiencia de las guerras de Bosnia y Ruanda, en los años noventa del siglo XX, demuestra claramente el poder de la manipulación ideológica sobre parte de la población, que lleva incluso a provocar el intento de aniquilación masiva de otras partes; en ambos casos, los grupos étnicos que tenían el poder y el control de los medios de comunicación los usaron deliberadamente para inducir al exterminio físico de sus rivales.

Sin Embargo, también es importante señalar que la experiencia demuestra que en estos casos hubieran resultado inútiles las medidas constitucionales restrictivas de determinadas ideologías. Este tipo de normas solo son efectivas frente a los disidentes, no frente a quienes tienen el poder, que son precisamente los encargados de aplicarlas. Si el poder político y los jueces deciden qué ideas son antidemocráticas, difícilmente incluirán las suyas entre ellas.



Más allá de ello, también es cierto que en “todas estas situaciones no se está ante un mero debate de ideas en el que se incluyen algunas odiosas, sino ante actos directos de incitación al delito, que están prohibidos en cualquier sociedad”,¹²⁷ así que no pueden ser usadas como ejemplo de la necesidad de prohibir discursos del odio.

4.2. El tratamiento en el derecho comparado continental-europeo

En el mundo del derecho comparado, el debate sobre la necesidad democrática de prohibir los discursos antidemocráticos tiene dos grandes exponentes en los sistemas de libertad de expresión estadounidense y alemán; asimismo, en España se le ha otorgado un tratamiento jurisprudencial importante a la libertad de expresión.

En Alemania se recurre a la idea de *democracia militante* para combatir el riesgo de que, utilizando mecanismos de la democracia, como las elecciones, los partidos políticos o la libertad de expresión se instaure un sistema antidemocrático.

El término *democracia militante* fue acuñado por Karl Loewenstein, que “exponía la necesidad de que el sistema de libertades se defienda frente a sus enemigos, y tiene su máximo exponente en la vigente Constitución alemana”.¹²⁸ Esta Ley Fundamental se aprueba en 1949 bajo los efectos directos del trauma que supuso el nazismo. Se presenta como un acuerdo social destinado a asegurar que no se repita el horror nazi y que la democracia quede garantizada.

¹²⁷ Galiano Haench, José. **Derechos humanos, teoría, historia, vigencia y legislación**. Pág. 189.

¹²⁸ Loewenstein, Karl. **Teoría de la Constitución**. Pág. 387.



La idea se plasma en diversas instituciones constitucionales, notablemente en la prohibición de que se reforme una parte de la propia Constitución, que se presenta como mínimo inmutable del sistema democrático alemán. También se muestra de manera muy evidente en su Artículo 18, que permite privar de sus derechos fundamentales a quien los use para atacar la esencia del régimen constitucional vigente: “Quien, para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia, abuse de la libertad de expresión de opinión, particularmente de la libertad de prensa (Artículo 5.1), de la libertad de enseñanza (Artículo 5.3), de reunión (Artículo 8), de asociación (Artículo 9), del secreto de las comunicaciones postales y de las telecomunicaciones (Artículo 10), así como del derecho de propiedad (Artículo 14) y del de asilo (Artículo 16a) pierde estos derechos fundamentales. La privación y su alcance serán declarados por el Tribunal Constitucional Federal”.

La Constitución no menciona expresamente el concepto de *democracia militante* pero el Tribunal Constitucional ha entendido sin tapujos que ese es el sistema alemán.

Se ha usado esencialmente para ilegalizar partidos políticos cuyos idearios fueran contrarios a la Constitución, pero también justifica determinadas limitaciones de la libertad de expresión. Con la entrada en vigor de la Ley Fundamental se creó la *Oficina Federal para la Protección de la Constitución* que es la denominación que se les da a los servicios secretos alemanes, entre cuyas tareas iniciales estuvo la investigación sobre los grupos políticos nazis y comunistas.



Con sus datos, y en aplicación de las ideas citadas, el Tribunal Constitucional alemán prohibió en 1952 el *Partido Socialista del Reich*, sucesor del partido nazi. Con las mismas bases, en 1956, una vez que se quedó sin escaños en el Parlamento, también prohibió el *Partido Comunista* por su agresiva actitud contraria a los valores constitucionales como marxista-leninista. En los años siguientes, Alemania adoptó leyes que imponían la *fidelidad constitucional* a los funcionarios de todo tipo, basándose en el Artículo 33.4 de su Ley Fundamental.

Sin embargo, la posición del Estado alemán frente a la disidencia antidemocrática varió considerablemente tras el fin de la Guerra Fría y la caída del bloque del este. No se han producido nuevas ilegalizaciones de partidos a pesar de que, por dos veces, la más reciente en 2017, el Tribunal Constitucional Federal ha tenido que resolver peticiones de ilegalización de nuevos partidos de ideología nazi.

Lo ha hecho rechazando la ilegalización a pesar de constatar que el partido en cuestión desprecia la dignidad humana y es incompatible con los principios de la democracia. Lo fundamenta en que no representa un peligro real por la falta de pruebas de que esté llevando a la práctica su ideario anticonstitucional y por el poco apoyo que suscita entre el electorado.

Frente a ello, la teoría de la *democracia militante* sí se utiliza con frecuencia en materia de libertad de expresión. En el Código Penal alemán solo se recogen delitos



específicos que castigan el negacionismo desde 1994. “Sin embargo, desde entonces se han utilizado ampliamente incluso para silenciar debates claramente políticos”.¹²⁹

Este tipo de normas y decisiones de defensa de la Constitución busca “perseguir actividades que no suponen infracciones de normas constitucionales ni constituyen ilícito penal, pero que tienen por finalidad atacar el orden constitucional”¹³⁰ en palabras del profesor Ignacio de Otto. Es decir, que se pone el acento en el concepto de enemigo, por encima del de infractor.

De hecho, la ilegalización de partidos y otras prohibiciones se ponen en marcha mediante la declaración de *enemigo de la Constitución*. De ese modo, se trata, en última instancia, de un mecanismo político susceptible de escapar del control jurídico del Estado.

Cuando lo que se busca es perseguir valores, no infracciones, el resultado solo puede ser acrecentar las tendencias autocráticas del Estado en favor de quien ejerce y administra el poder. El concepto de ordenamiento constitucional democrático a proteger es, en realidad, una fórmula en blanco que concede al Tribunal Constitucional Federal un enorme poder para que lo interprete ideológicamente. En cambio, la eficacia real para la defensa democrática demostrada de este sistema es prácticamente inexistente. No se consigue frenar movimientos ideológicos autoritarios significativos, pero sí que se refuerza el autoritarismo estatal.

¹²⁹ Carpizo, Jorge. **Los derechos humanos. Una propuesta de clasificación de los derechos civiles y políticos**. En: **Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo LXI**. Pág. 78.

¹³⁰ De Otto, Ignacio. **Derecho constitucional. Sistema de fuentes**. Pág. 222.



El modelo que se presenta como alternativo al alemán es el de los Estados Unidos de América, cuyo sistema descansa inicialmente en la idea liberal del *libre mercado de las ideas*. A partir de las formulaciones de John Stuart Mill, se defiende que la aceptación social de una idea no debe venir impuesta por el Estado, sino que debe ser el resultado de la libre competición con otras ideas.

Uno de los casos más significativos de aplicación de esta teoría es el asunto *Brandenburg vs. Ohio* (1969). Se trata de un líder de la organización supremacista Ku Klux Klan en Ohio que, tras una manifestación de encapuchados armados y quemando cruces, realizó una proclama en la que hablaba de la posibilidad de una venganza contra los negros y los judíos y sus partidarios, al tiempo que acusaba al Gobierno Federal de estar suprimiendo la raza caucásica. Fue condenado a una multa y a una pena prisión.

El Tribunal Supremo anuló la condena, estableciendo que la garantía constitucional de la libre expresión y la libertad de prensa no permiten a un Estado prohibir la apología del uso de la fuerza o de la violación de la ley, excepto cuando se dirija a incitar o producir una inminente acción ilegal y sea adecuada para incitar o producir tal acción.

El alcance de esa afirmación se entiende perfectamente en el muy similar asunto *Skokie (National Socialist Party of America vs Village of Skokie, 1977)*. Esta vez se trataba de un partido nazi que quería manifestarse con esvásticas y uniformes nacionalsocialistas por un vecindario formado predominantemente por judíos, entre ellos numerosos supervivientes del Holocausto. La marcha fue autorizada, pues aún el



discurso que puede provocar disturbios, insatisfacción o incluso conduce al público a la rabia, entra dentro de lo que la Primera Enmienda quiere proteger.

La apuesta por no castigar expresiones ideológicas se extiende también al discurso que ataca o pone en duda la esencia del Estado norteamericano. En el caso *Texas vs Johnson* (1989), se juzga el caso de un joven activista que, en el curso de una manifestación contra las posiciones políticas del presidente Ronald Reagan en la puerta del local donde se le ratificó como candidato para un segundo mandato, prendió fuego a una bandera estadounidense. Al resolver el asunto, el Tribunal Supremo constata, en primer lugar, que la quema de la bandera no suponía ningún tipo de incitación directa al público para que realizara ningún acto ilegal.

En segundo lugar, rechaza las alegaciones tejanas de que al quemar la bandera se pone en duda la unidad nacional, lo que resulta peligroso para el funcionamiento del Estado. Frente a ellas, el alto tribunal declara que la finalidad de la libertad de expresión es, precisamente, que el Estado no pueda prohibir una idea simplemente por el hecho de no compartirla o de que le resulte desagradable u ofensiva.

4.3. El discurso del odio

En el ámbito europeo, este asunto está dominado por la noción de discurso del odio. Esencialmente, se ha admitido la posibilidad de excluir de la libertad de expresión los discursos que puedan suponer una incitación, incluso indirecta, a la discriminación contra colectivos tradicionalmente perseguidos o vulnerables. “Se trata así de evitar



que se pueda llegar a una situación social de odio hacia tales colectivos que sea el caldo de cultivo para la realización de actos reales de discriminación efectiva”.¹³¹

La idea está inspirada en las experiencias históricas en las que desde los medios de comunicación mayoritarios se creó y asentó la conciencia de que determinados colectivos eran inferiores, lo que en última instancia facilitó el genocidio, la limpieza étnica u otros actos atroces contra ellos.

Desde un punto de vista sociológico, la idea tiene el problema de que parece situar a los jueces en una posición de neutralidad total, alejados de las pulsiones discriminatorias mayoritarias en la sociedad, que les permitiría apreciar con nitidez e independencia cuáles son los colectivos efectivamente vulnerables y cuándo se inicia una campaña contra ellos, como si un juez en la Alemania nazi hubiera podido ser claramente consciente de que el pueblo judío era una minoría vulnerable, no poderosa, y de que los mensajes públicos que los acusaban de los males económicos del país estaban orientados injustamente a extender el odio contra ellos.

En algunos países como España, la doctrina del discurso del odio ha entrado a través de la categoría de incitación indirecta al odio, que sin embargo alude a algo que solo puede ser entendido como libertad de expresión. Lo que caracteriza la incitación como figura jurídica es que se trata de estimular a alguien para que cometa una acción prohibida; solo puede predicarse de un discurso que provoque el riesgo cierto e inmediato de que los receptores cometan los actos prohibidos.

¹³¹ Castañeda Hernández, Mireya. **El principio pro-persona ante la ponderación de derechos**. Pág. 234.



Cuando se anima a alguien a delinquir no se está buscando la difusión de una idea, sino que se produzcan unos actos, por eso no es libertad de expresión. Sin embargo, la incitación indirecta alude exclusivamente a la creación de un estado de opinión. No se trata de que se use la palabra para provocar unos hechos, sino que se utiliza tan solo para difundir unas ideas, pero esas ideas pueden servir de caldo de cultivo para que alguien, a partir de ahí y transcurrido un tiempo, llegue a cometer dichos actos. Es pura difusión de ideas, libertad de expresión.

En todo caso, pese a la necesaria perspectiva crítica, merece la pena detenerse brevemente en qué es en realidad el discurso del odio en el ámbito europeo y cómo funciona, tanto en las normas europeas como en la jurisprudencia de los tribunales europeos.

4.4. Características del discurso del odio

La noción de discusión del odio es un concepto relativamente reciente, que se utiliza en el ámbito europeo para referirse a las expresiones que pueden crear un clima de discriminación. Su primera plasmación relevante está en la recomendación 97/20 del Consejo de Europa de 30 de octubre de 1997, que insta a los Estados a actuar contra todas las formas de expresión que propaguen, inciten o promuevan el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia. Inicialmente, pues, se trata de una recomendación genérica por la que se insta a los países europeos a que combatan la difusión de determinadas ideas discriminatorias.



No se trata de prohibir ideas o de limitar la libertad de expresión, sino tan solo de contrarrestar determinadas opiniones con otras más adaptadas a la cultura de los derechos humanos. “La idea central es que los Estados utilicen los medios a su alcance para fomentar las ideas de tolerancia y respeto en todos los ámbitos de la vida, desde la educación a los medios de comunicación”.¹³²

A partir de ahí, la expresión se generaliza y cada vez se utiliza con un sentido más amplio. En algunos farragosos documentos del Consejo de Europa se intenta delimitar de un modo que viene, prácticamente, a cubrir cualquier expresión molesta o disidente: incluye expresiones negativas basadas en características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual.

Se citan expresamente como casos indiscutibles de tales conductas la defensa, promoción o instigación del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones. Este afán de definir el odio, sin embargo, tiene valor de recomendación, no normativo, y proviene de organismos creados expresamente para ello.

¹³² Prieto Sanchís, Luis. **Derechos fundamentales, neoconsitucionalismo y ponderación judicial**. Pág. 109.



En el ámbito de la Unión Europea destaca la Decisión Marco 2008/913/JHA del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal, que constituye la espina dorsal de esta materia. Recoge la obligación de los Estados de combatir mediante sanciones penales determinadas expresiones de odio.

Esta decisión marco, fue adoptada tras siete años de complicadas negociaciones, debidas a la disparidad de los sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros por lo que se refiere a la protección y límites del derecho a la libertad de expresión. Ello da una idea de cómo la noción misma de discurso del odio plantea desde el principio problemas por su compatibilidad con el derecho a la crítica política y a expresar libremente opiniones de trascendencia social.

En ella se trata esencialmente de racismo y xenofobia, aunque posteriormente se añade la idea de odio religioso, y se recoge la obligación de establecer penas efectivas, proporcionadas y disuasorias contra las personas físicas y jurídicas que cometan actos de ese tipo. Así, el Consejo exhorta a los Estados miembro de la Unión Europea a castigar la incitación pública a la violencia o al odio dirigido contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico.

La misma directiva se encarga de aclarar que la incitación pública a la violencia o al odio puede hacerse mediante la difusión pública o distribución de escritos, imágenes u



otros materiales. A ella se equipara la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los delitos de genocidio y contra la humanidad.

Interesa destacar, por una parte, que el concepto de incitación pública a la violencia no implica necesariamente restricciones de la libertad de expresión, en la medida en que los Estados pueden entender que solo hay incitación cuando concurre un riesgo directo e inminente de que se comentan actos racistas.

En ese caso, las expresiones perseguidas no buscarían expresar un posicionamiento ideológico, sino provocar que otras personas causasen un delito. Sin embargo, “la idea de incitación al odio se desliza hacia la restricción de la libertad de expresión en la medida en que no se trata de causar en los demás que cometan un delito, sino que tengan prejuicios sociales basados en causas prohibidas”.¹³³

Por otra parte, frente a interpretaciones extensivas, la Unión Europea solo obliga en principio a castigar la provocación del odio racial, la xenofobia y como novedad el odio religioso. La vinculación entre raza y religión, aunque pueda explicarse en un contexto de creciente islamofobia y antisemitismo, abre una vía peligrosa. Es un añadido que aumenta el tipo de creencias prohibidas, tanto cuantitativa como cualitativamente.

En un principio, se trataba de prohibir el odio basado en la naturaleza propia de las personas. La raza o el origen son características propias de toda persona que no dependen de su elección personal y que le vienen dadas con el nacimiento. Se hallan

¹³³ Ibáñez Rivas, Juana María. **Control de convencionalidad**. Pág. 232.



por eso intrínsecamente vinculadas a la idea misma de persona, de tal manera que rechazar a alguien por su raza u origen equivale a rechazarlo por ser persona, lo que supone el más grave atentado imaginable a la dignidad.

Ahora se añade el odio contra las ideas o creencias ajenas, cosa que representa un paso cualitativo de cierta trascendencia. Esto se acerca a la idea de la persecución del disidente que muestra un rechazo no hacia la esencia de la persona, sino hacia determinadas opciones ideológicas como son las religiones. El rechazo extremo a una religión puede ser una muestra de profunda discrepancia ideológica; es equiparable a la intolerancia, pero no supone una negación de la persona misma, sino de alguna de sus opciones conscientes.

A partir de la puerta que se abre así, se va a permitir la persecución de quien simplemente disienta de manera extrema de la ideología ajena. “En el terreno estricto de la propia religión, si existe alguna línea que separe la prohibición del odio religioso de la blasfemia, es tan fina que en la mayoría de los casos va a resultar imperceptible”.¹³⁴

La práctica ha demostrado que a la hora de desarrollar la directiva los Estados miembro de la Unión Europea han ido en su mayoría mucho más allá de lo que aquella exigía, entrando claramente en la persecución del disidente. Los países escandinavos han mostrado cierta moderación, optando por tipificar como delito el uso de lenguaje

¹³⁴ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. **Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad**. Pág. 256.



amenazante, injurioso, difamatorio o despectivo en función de la raza, el color, la religión, las creencias o el origen nacional o étnico.

En esencia, solo persiguen el insulto racial o religioso. Sin embargo, la mayoría de Estados persigue específicamente tanto la incitación a la violencia como al odio. Más allá de ello, la mayoría de los Estados no ha aprovechado la posibilidad que ofrece la norma europea de castigar estas conductas solo cuando se lleven a cabo, de manera que puedan dar lugar a perturbaciones del orden público o resulten amenazadoras, abusivas o insultantes.

En vez de ello, han utilizado la excusa europea para endurecer sus legislaciones penales persiguiendo la mera difusión de ideas. Además, la mayoría ha aumentado el listado de motivaciones de odio prohibidas en España, donde se ha incluido incluso la ideología y ha extendido las apologías y negaciones prohibidas. En numerosos países del este, se ha utilizado para castigar la banalización o justificación de los crímenes del comunismo.

En definitiva, la normativa europea sobre discurso del odio se ha convertido en la excusa perfecta para una tendencia creciente a castigar a quien exprese públicamente opiniones radicalmente contrarias a la ideología dominante en un país. Si las normas penales se hubieran quedado en la persecución de expresiones provocadoras de la comisión de actos de hostilidad, violencia o discriminación contra un grupo especialmente vulnerable, no cabría ninguna objeción desde la perspectiva de la



libertad de expresión. No se perseguirían conductas opinativas, sino actos discriminatorios.

Sin embargo, la realidad es otra, y los poderes públicos han visto en esta legislación una oportunidad para acallar críticas o propuestas radicalmente alternativas. En palabras de Flemming Rose: “aunque las leyes contra la incitación al odio se justifican como una manera de proteger a las minorías, han sido utilizadas para socavar los derechos de los grupos étnicos y religiosos minoritarios, así como para debilitar los movimientos a favor del cambio social en todo el mundo”.¹³⁵

Las normas contra el discurso del odio descansan siempre en el hecho de que son los jueces los que deciden qué ideología es respetable y cuál incita al odio. Esa identificación no puede hacerse sin que el juez aplique su propia manera de pensar, pues, como se ha dicho, lo que para uno es incitación al odio, para otro es épica admirable. “Lo que para un católico es sagrado, a un musulmán puede parecerle una blasfemia inaceptable”.¹³⁶

4.5. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En oposición a los excesos normativos que extienden el concepto de manera ilimitada, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH en adelante) restringe la categoría de discurso del odio al antisemita y al negacionismo nazi. Ambos pueden ser

¹³⁵ Rose, Flemming. **La tiranía del silencio**. Pág. 162.

¹³⁶ Aguiar de Luque, Luis. **Los límites de los derechos fundamentales**. Pág. 248.



prohibidos de manera absoluta y quedan excluidos del ámbito protegido por la libertad de expresión en el Artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Para el resto de los discursos discriminatorios, la tendencia es limitar la respuesta penal tan solo a aquellos casos en los que pueda constatarse una incitación clara y directa a cometer delitos, de modo que no se trate estrictamente de libertad de expresión.

Así, el TEDH ha desarrollado a partir de 1999 una doctrina que presenta el discurso del odio (antisemita o negacionista) como un abuso del derecho a la libre expresión, Procede, por tanto, aplicar el Artículo 17.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH en adelante), que recoge una cláusula de democracia militante. Prohíbe que se interprete el convenio de tal manera que se le reconozca a alguien un derecho a dedicarse a una actividad o realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades del mismo convenio.

En su aplicación, si en una demanda el Tribunal entiende que el recurrente incurrió en antisemitismo o negacionismo del Holocausto, se excluye de plano la posibilidad misma de que se trate de libertad de expresión, y la demanda se inadmite sin más. El caso acaba ahí, radicalmente, y no se entra siquiera a analizar el fondo de la cuestión ni a considerar si la intromisión del Estado en la libertad de expresión ha sido o no legítima. El discurso del odio simplemente carece en todo caso y *a priori* de la protección del CEDH.



Se extiende exclusivamente a manifestaciones muy evidentes de desprecio hacia un grupo étnico o religioso. El caso más evidente, en especial en un tribunal europeo que surge frente a la barbarie nazi, es el del negacionismo. Sobre la razón de esta exclusión absoluta de la libertad de expresión explica que la negación de crímenes contra la humanidad es una de las formas más graves de difamación racial contra los judíos y de incitación al odio contra ellos.

La negación o reescritura de este tipo de hechos históricos daña los valores en los que se sustenta la lucha contra el racismo y el antisemitismo y constituye una seria amenaza al orden público. Tales actos son incompatibles con la democracia y los derechos humanos, porque lesionan los derechos de otras personas. Quienes los proponen tienen intenciones que caen en la categoría de objetivos prohibidos por el Artículo 17 del CEDH (caso *Lehideux and Isorni vs Francia*, sentencia de 23 septiembre 1998). Así, cuando hay un atisbo de negacionismo, el TEDH es inflexible y rechaza de plano la posibilidad de libertad de expresión, sobre la base de su concepto de democracia militante.

Igualmente, ha establecido que la difusión de publicaciones que de modo polémico niegan el asesinato sistemático de judíos en los campos de concentración nacionalsocialistas no puede considerarse ejercicio de la libertad de expresión (caso *Honsik vs Austria*, sentencia de 18 octubre 1995). Eso se aplica incluso a publicaciones en las que, bajo la cobertura de una supuesta demostración científica, se intenta poner en cuestión que existieran las cámaras de gas o que se usaran para cometer un genocidio (caso *Marais vs Francia*, sentencia de 24 junio 1996).



También a un caso en el que un famoso cómico francés al final de una representación teatral hizo subir al escenario a Robert Faurisson, un profesor y académico conocido por sus opiniones negacionistas; allí un actor disfrazado de preso judío de campo de concentración le entregó un premio a la insolencia (caso *M'Bala M'Bala vs Francia*, sentencia de 20 octubre 2005).

De manera muy excepcional, además del negacionismo (pero con el mismo argumento) ha excluido radicalmente que pueda ser libertad de expresión la colocación en una ventana de un poster del *British National Party*, que mostraba una foto de las torres gemelas en llamas junto a la leyenda "Islam fuera de las islas británicas. Protege a los británicos" y una media luna con una estrella dentro de un signo de prohibido (caso *Norwood vs Reino Unido*, sentencia de 16 de noviembre de 2004). (sic)

Detrás de esta posición del TEDH, reflejada en las legislaciones de varios países, hay sin duda razones históricas. La construcción de Europa como espacio político y jurídico transnacional está vinculada a la experiencia de la Segunda Guerra Mundial. La mayoría de los regímenes constitucionales europeos se construye a partir de la traumática experiencia del régimen nazi.

Eso sucede claramente en Alemania y Austria, así como en Italia e incluso en Francia. También el Consejo de Europa y, sobre todo, el mismo CEDH son una respuesta al nazismo. Permitir la defensa del nazismo y sus manifestaciones racistas y antisemitas sería negar la esencia misma de estos sistemas, por lo que debe ser algo excluido expresamente de la libertad de expresión.



Sin embargo, la misma consideración no puede extenderse, sin más, a otras posturas negacionistas que en el contexto europeo tengan menor trascendencia. Sobre ello, resulta muy ilustrativo el caso *Perincek vs Suiza* (sentencia de 15 de octubre de 2015). En él, un líder político turco fue condenado en Suiza por negar el genocidio armenio y presentarlo como una mentira internacional.

El TEDH no solo negó la aplicación del Artículo 17 referido al abuso de derecho, sino que incluso entendió que la condena vulneró la libertad de expresión y que supuso un intento de las autoridades suizas de imponer un único modo de pensar y de castigar las opiniones disidentes. En concreto, tuvo en cuenta que las declaraciones no incluían expresiones específicas de odio hacia la comunidad armenia y que se emitieron en Suiza, en un contexto en el que no se pueden advertir tensiones históricas o raciales de relevancia; así pues, se trataba simplemente de abrir una discusión sobre cuestiones políticas.

Por tanto, la idea de discurso del odio debe usarse exclusivamente para cuestiones muy graves, unidas íntimamente a la historia de las libertades europeas frente al fascismo. Solo así entendido, excluye de manera absoluta la protección de la libertad de expresión. No se trata de supuestos en los que la libertad de expresión cede ante intereses constitucionales, reflejo de otros derechos humanos que necesitan especial protección estatal, sino de casos en los que ni siquiera se puede pensar en que haya libertad de expresión.



Para el resto de las expresiones que puedan inducir a la discriminación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha intentado reducir los posibles efectos de una concepción excesivamente abierta de discurso del odio y prefiere utilizar la categoría de incitación al odio.

Respecto de su justificación, entiende que, legítimamente, los Estados pueden querer castigar un discurso que se refiera a otras formas de odio basadas en la intolerancia que se manifiestan a través del nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías y los inmigrantes o personas de origen inmigrante (caso *Feret vs Bélgica*, sentencia de 16 de julio de 2009).

En tales casos, es necesario (en la dinámica relativista de este Tribunal) examinar caso por caso para ver si las personas sancionadas por tales discursos han sufrido o no una limitación respetuosa con la libertad de expresión, sin que quepa rechazar desde el inicio que se trate de un ejercicio legítimo de la libertad de expresión.

Así, un caso tipo de esta incitación puede ser el de la distribución en una escuela de enseñanza secundaria de unos panfletos que hablaban de la homosexualidad como una desviación, causante del SIDA, y denunciaba un supuesto lobby homosexual; no es discurso del odio, sino un ejercicio de la libertad de expresión que, no obstante, puede restringirse porque incita a la discriminación contra un colectivo y puede resultar perjudicial para la sociedad (caso *Vejdeland y otros vs Suecia*, sentencia de 9 de mayo de 2012).



Al mismo tiempo, el Tribunal ha sido consciente de los peligros que entraña para la libertad de expresión la tendencia de muchos Estados europeos a calificar como discurso del odio cualquier expresión ideológica contraria a las opiniones y los valores mayoritarios. En la sentencia dictada en el *Caso Maria Alekhina y otras vs Rusia* (sentencia de 17 de julio de 2018) se trata el caso de las cantantes del grupo punk ruso *Pussy Riot* condenadas por odio religioso a causa de la vestimenta, de los pasamontañas que llevaban, de sus movimientos corporales y del violento lenguaje utilizado en una actuación no autorizada en el interior de una catedral.

El tribunal acepta entonces que, dado que dicho comportamiento tuvo lugar en una catedral, ciertas personas pudieran haberlo encontrado ofensivo. Sin embargo, entiende que ello no basta para apreciar incitación al odio; sería necesario acreditar que los actos juzgados podían interpretarse como un llamamiento a la violencia o como justificación de la violencia, el odio o la intolerancia y constatar que, por ello, pudieran haber tenido consecuencias perjudiciales.

De ese modo, para apreciar una incitación al odio que justifique limitar la libertad de expresión no basta con que se trate de mensajes que estén dirigidos contra grupos vulnerables y fomenten teóricamente la discriminación, sino que es necesario que se emitan en un contexto tal que realmente puedan llegar a producir consecuencias negativas directas. Es decir, transmite la idea de que la incitación al odio solo debe ser perseguida penalmente cuando sea auténtica incitación, en el sentido estadounidense del término; no basta con que se trate de un discurso que el gobierno o juez de turno considere peligroso o extremista.



Este cañón de la auténtica incitación es en realidad una manera de sistematizar y presentar de manera operativa toda una doctrina europea sobre la libertad de expresión y el odio, en la que el TEDH iba siempre examinando caso por caso si se estaba realmente ante un discurso capaz de crear peligro o simplemente se trataba de expresiones molestas para el poder.

Algunos ejemplos incluyen el caso *Karataf vs Turquía* (sentencia de 8 de julio de 1999), donde el hecho de que las declaraciones en cuestión se realizaran por medio de una poesía, y no a través de los medios de comunicación, llevó a la conclusión de que la limitación de la expresión no podía justificarse por el contexto de especial seguridad que existía en aquel momento; en el caso *Gündüz vs Turquía* (sentencia 4 de diciembre de 2003), se trataba de declaraciones realizadas durante un debate televisado deliberadamente plural, lo que redujo su impacto negativo; en el caso *Fáber vs Hungría* (sentencia de 24 julio de 2012), las declaraciones consistieron simplemente en llevar pacíficamente una bandera junto a una manifestación, lo que tuvo un efecto muy limitado, en su caso, durante dicha manifestación; en cambio, en el caso *Vona vs Hungría* (sentencia de 9 de julio de 2013), las declaraciones enjuiciadas incluyeron marchas de tipo militar en áreas con amplia población romaní, lo que, teniendo en cuenta el contexto histórico en Hungría, transmitía connotaciones especialmente ominosas.

El estudio de toda la casuística del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sirve también para hacerse una idea cabal de la situación de las expresiones de odio en toda Europa. Y si hay alguna conclusión evidente de ello es que en casi todos los países el



poder tiende a utilizar la represión del odio para en verdad reprimir el discurso disidente molesto. El concepto de que se puede limitar la libertad de expresión para evitar que se diseminen ideas que provocan odio es actualmente la principal amenaza para la libre expresión.

Ello, porque otorga a los poderes del Estado la facultad de decidir qué discurso es efectivamente peligroso. Y los Estados usan esa facultad para intentar prohibir ideas discrepantes o molestas. No solo la categoría odio no ha quedado nunca bien definida (independientemente de que el odio en sí es un sentimiento humano), sino que toda la teoría del discurso del odio descansa sobre una ficción: la de que un discurso extremista pueda llegar a ser dominante sin distribuirse desde el poder. La realidad demuestra lo contrario.

El auténtico problema del discurso que fomenta la discriminación aparece cuando se distribuye desde quien tiene el poder en la sociedad y el control de los medios. Y en esos casos la doctrina resultaría inútil, puesto que son los jueces y poderes estatales lo que deciden que es odioso. En definitiva, estamos ante una categoría construida sobre tergiversaciones, pero sutilmente convincente, cuyo único efecto real es limitar la libertad de expresión del disidente.

4.6. El tratamiento de la libertad de expresión en España

El sistema constitucional español viene intensamente marcado como su origen. La Constitución española de 1978 no es el producto de un momento fundacional de



ruptura con el pasado. No se aprueba tras la declaración de independencia frente a una potencia colonial; tampoco después de una guerra o una revolución que hubiera arrasado el sistema vigente hasta entonces. Bien al contrario, dicho texto constitucional vigente se aprueba en un decidido proceso continuista con el régimen anterior. En el proceso constituyente se puso buen cuidado en que nunca hubiera ruptura con el sistema legal de la dictadura franquista.

El ejemplo más evidente es la Ley para la Reforma Política. Se trata de una ley aprobada por las Cortes franquistas, el 18 de noviembre de 1976, que establece la disolución de dichas Cortes y la convocatoria de una nuevas Cortes Constituyentes, elegidas por un sistema electoral democrático y proporcional de sufragio universal directo.

Formalmente es una ley franquista. Así, legitima conforme a las normas existentes que se elabore una nueva Constitución. La ley fue sometida a referéndum y tras su aprobación se convocaron las preceptivas elecciones, permitiendo que la aprobación de la Constitución se hiciera por un Parlamento elegido ya de manera democrática. Sin embargo, esta transición marca ideológicamente el espíritu constitucional de 1978, de tal manera que en la esencia de nuestra norma fundamental está la idea de que en la Constitución caben todos.

Se aprueba como un marco jurídico en el que han de caber lo mismo los nostálgicos de la dictadura con sus ideas que la izquierda revolucionaria. De ese modo, la española no puede ser, de ningún modo, una democracia militante.



Aun así, el sistema democrático español sí ha sufrido un trauma prácticamente equivalente al que tienen Alemania, Austria, Francia (y hasta el Consejo de Europa) con el pasado nazi; lo que ha puesto contra las cuerdas la tolerancia democrática del sistema ha sido el terrorismo, especialmente el de ETA hasta bien entrado el siglo XXI. Los asuntos relacionados con la lucha antiterrorista han puesto el sistema contra las cuerdas y en ocasiones incluso han hecho saltar las costuras democráticas.

Durante muchos años, al hilo de este tema, han surgido cuestiones relacionadas con la prohibición de partidos, el cierre de medios de comunicación y la persecución de ideas políticas. Sin embargo, “aunque en ocasiones se haya entrado en contradicciones e inconstitucionalidades, el sistema español ha logrado defenderse frente a tal amenaza sin poner en cuestión la esencia de la democracia ni recurrir a la idea de democracia militante”.¹³⁷

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, lo cierto es que en el sistema español no hay ningún límite a la reforma de la Constitución, lo que impide identificar un mínimo intangible e inmutable que represente la esencia de la democracia y que pueda ser lo suficientemente fuerte como para imponerse incluso frente a los derechos fundamentales.

Tampoco hay mecanismos constitucionales de garantía de la Constitución, más allá de la creación del Tribunal Constitucional. Aceptar el principio de democracia militante supondría relativizar el valor de los derechos fundamentales, introduciendo una

¹³⁷ Cruz Villalón, Pedro. **Formación y evolución de los derechos fundamentales**. Pág. 212.



limitación a la eficacia de los derechos que no tiene previsión ni base alguna en la Constitución española.

De ese modo, solo sería una manera de debilitar la fuerza de todos los derechos fundamentales, que dejarían de ser espacios de libertad en los que está vetada absolutamente la intervención estatal.

Esto explica que el Tribunal Constitucional español haya constatado en diversas ocasiones que “en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de democracia militante, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución”.¹³⁸

La Ley de Partidos Políticos española no puede prohibir ningún partido en razón de sus ideas, sino solo en el caso de que tales ideas se defiendan “mediante una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales de los ciudadanos”.¹³⁹ No hay ideas prohibidas, solo actos.

La misma conclusión se ha de aplicar, incluso con más intensidad, a la libertad de expresión: Por circunstancias históricas ligadas a su origen, el ordenamiento constitucional español se sustenta en la más amplia garantía de los derechos fundamentales, que no pueden limitarse en razón de que se utilicen con una finalidad anticonstitucional. “En el sistema constitucional español, a diferencia de otros de su

¹³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 40/2003.

¹³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 5/2004.



entorno, no tiene cabida un modelo de democracia militante, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución”.¹⁴⁰

Esta concepción, sin duda, se manifiesta con especial intensidad en el régimen constitucional de las libertades de ideología, de participación, de expresión y de información, pues implica la necesidad de diferenciar claramente entre las actividades contrarias a la Constitución, huérfanas de su protección, y la mera difusión de ideas e ideologías.

“El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas”.¹⁴¹

Este principio se ha reiterado, posteriormente, incluso al hilo del movimiento independentista catalán. En este contexto se señala que el hecho de que España no sea una democracia militante implica que “el planteamiento de concepciones que pretendan modificar el fundamento mismo del orden constitucional tiene cabida en nuestro ordenamiento, pero siempre que no se prepare o defienda a través de una

¹⁴⁰ Pérez Luño, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Pág. 168.

¹⁴¹ **Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007**.



actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales”.¹⁴²

De ese modo, se quiere destacar que, en el sistema constitucional español, el poder público no puede, en ningún caso, proscribir una idea. Por mucho que se considere que su propagación pueda resultar peligrosa o que si se extiende podría poner en peligro el sistema mismo, no cabe prohibirla. Tan solo si la exposición de esa idea se realiza de un modo tal que cree indudablemente un riesgo real de que se dañen derechos o bienes constitucionales, puede castigarse ese modo de expresión; nunca la idea en sí.

O sea, lo que se puede prohibir en España es la incitación a cometer actos dañinos. Y solo puede castigarse si crea un riesgo cierto de que efectivamente se cometan esos actos; es decir, solo si del contexto se deduce que el discurso por el modo en que se presenta, el público que lo recibe y las circunstancias del momento concreto puede realmente llevar a que alguien cometa un acto ilegítimo.

La apreciación de si eso sucede o no corresponde a los tribunales. Pero lo importante es que “estos nunca podrán justificar sus decisiones sancionadoras o restrictivas en las características de la idea transmitida; mucho menos aún en que, desde un punto de vista ideológico, al juzgador le parezca más o menos reprobable o compartible”.¹⁴³ Las sanciones deben fundarse exclusivamente en el modo en que se presenta.

¹⁴² **Sentencia del Tribunal Constitucional 52/2017.**

¹⁴³ Truyol y Serra, Antonio. **Los derechos humanos.** Pág. 279.





CAPÍTULO V

5. La ponderación como técnica de solución de conflictos entre derechos fundamentales

La ponderación o balance de derechos fundamentales es la técnica más utilizada por los Tribunales Constitucionales para la resolución de conflictos entre derechos fundamentales. Siendo, por ejemplo, el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión derechos fundamentales, cualquier conflicto entre ambos derechos, que llegue a conocimiento de los Tribunales Constitucionales, debería resolverse utilizando dicha técnica, sin perjuicio de que los resultados de su aplicación pueden conducir a soluciones tan diversas que su tipología excede los alcances del presente informe, considerándose aquí solamente las características más esenciales de la denominada ponderación o balance de derechos fundamentales.

5.1. La técnica de la ponderación

Desde hace algún tiempo, muchos juristas y teóricos se han familiarizado con la problemática del balance judicial de derechos, principios o intereses constitucionales. Además, la técnica argumentativa judicial del balance era conocida y discutida desde hace ya algún tiempo en otras culturas jurídicas europeas, como la alemana, y puede presumirse de tener una historia casi centenaria en la cultura jurídica norteamericana. Además, venía llamando la atención de muchos juristas, pero no en campos



inmediatamente adyacentes a la temática de los principios constitucionales o de los derechos fundamentales.

5.2. Antecedentes de la técnica de la ponderación

5.2.1. En la jurisprudencia estadounidense

Karl Larenz afirma que “Concebir la decisión judicial como un balance, una ponderación, una cuidadosa evaluación de los intereses en juego, es una constante en muchas y variadas orientaciones culturales antiformalistas y sociológicas”.¹⁴⁴

En opinión de Guido Fassó, “La ponderación exige a los intérpretes razonar no sobre la base de normas abstractas o conceptos jurídicos, sino sobre la base de los intereses concretos, de valorar y, eventualmente, ponderar en el caso concreto”.¹⁴⁵

Por su parte, Oliver Wendell Holmes, manifiesta que “la genealogía más directa del balance (entre intereses, entre derechos, entre derechos e intereses) como técnica de decisión de controversias judiciales se encuentra en la cultura jurídica estadounidense de principios del siglo pasado, bajo la influencia cultural del realismo jurídico. El realismo jurídico americano concibe al jurista como un científico social o, mejor aún,

¹⁴⁴ Larenz, Karl. **Metodología de la ciencia del derecho**. Pág. 65.

¹⁴⁵ Fassó, Guido. **Historia de la filosofía del derecho 3. Siglos XIX y XX**. Pág. 169.



como un ingeniero social que censa los intereses presentes en la sociedad, a partir de los que identifica los conflictos y les propone esquemas de solución”.¹⁴⁶

Por su parte, Giovanni Tarello, manifiesta que, “en los años 1930 y 1940 del siglo XX, el modelo de jurista tecnológico y pragmático propuesto por el realismo jurídico empieza a hacer brecha en una cultura jurídica en conjunto insatisfecha del aparato lógico y conceptual heredada por el formalismo conceptualista, y también penetra en el modo de razonar de los jueces de la Corte Suprema”.¹⁴⁷

A los ojos de la cultura jurídica de la época, las razones del atractivo del nuevo esquema de razonamiento fueron evidentes. En un período histórico de veloces cambios sociales, la nueva metodología argumentativa favoreció la adaptación del derecho a situaciones nuevas y difícilmente administrables en el ámbito de una red asfixiante de conceptos jurídicos cristalizada por la tradición. El recurso al balance habría permitido evitar los esquematismos y las ineficiencias impuestas por la lógica *tranchant* (cortante) dictada por la concepción de los principios constitucionales como absolutos. El jurista habría podido abandonar un estilo decisional mecánico y deductivo en favor de un cuidadoso (y elástico) reconocimiento y valoración de los intereses sociales en juego.

Aleinikoff, expresa que, “naturalmente, la adopción de esta nueva metodología de argumentación se prestó a la sospecha (que acompañará siempre al idea de balance):

¹⁴⁶ Holmes, Oliver Wendell. **Las nuevas tendencias del derecho**. En: **Filosofía del derecho**. Pág. 24.

¹⁴⁷ Tarello, Giovanni. **Cultura jurídica y política del derecho**. Pág. 387.



entregar el texto constitucional en las manos de los jueces constitucionales, volverlo infinitamente manipulable y maleable en nombre de balanceos realizados en cada ocasión con la consecuencia de relativizar y, a la luz de inescrutables opciones valorativas, a lo mejor vaciar derechos fundamentales que en el texto constitucional estuvieron fraseados en términos absolutos”.¹⁴⁸

Como respuesta o antídoto a las sospechas de arbitrio decisonal que en seguida rodearon a la ponderación, se ha presentado a menudo una aproximación ingenuamente cuantitativa, según la cual los intereses podrían ser puestos en consideración y sopesados por parte del juez con una metodología cuasi- descriptiva y cuantitativa, de científico social, desprovista de cualquier juicio subjetivo de valor.

En el ámbito de la cultura jurídica norteamericana, las críticas más ásperas contra el recurso al balance por parte de la Corte Suprema han tenido, en primer lugar, carácter político, ligado al uso políticamente reaccionario que de esta técnica hizo la corte Suprema entre los años 1950 y 1960, en la época del denominado *macartismo*. En esta fase, en efecto, la técnica del balance fue usada por la Corte Suprema como una ganzúa para mellar la protección de la libertad de expresión, formulada en términos absolutos en el *First Amendment*, y favorecer así limitaciones a la libertad de expresión de individuos o grupos con ideas políticamente minoritarias en favor de la protección de (supuestamente preeminentes) intereses gubernamentales.

¹⁴⁸ Aleinikoff, T.A. **El derecho constitucional en la era del balance**. En: **Revista de Derecho de la Universidad de Yale No. 96**. Pág. 943.



Aleinikoff manifiesta que, “de aquí la desconfianza largamente arraigada entre los juristas liberales hacia un uso desenvuelto del recurso judicial a la técnica argumentativa del balance”.¹⁴⁹ Efectivamente, buena parte del debate estadounidense sobre el balance en la década de 1960 puede ser reconstruido como el ataque, por parte de algunos a la lógica (o mejor a la retórica) del balance, denunciando sus costos en términos de erosión de la protección de las libertades fundamentales, a lo que se contrapuso el intento, por parte de otros, de liberar a la técnica del balance de un pasado odioso, en particular, liberándola por casualidad de su inquietante tratamiento de justicia “caso por caso” (*ad hoc*) y haciéndola mayormente *principled* (imbuida de principios morales).

Ha sido esta segunda operación la que ha tenido éxito. Desde fines de la década de 1960 en adelante, el balance se ha convertido en la técnica principal y dominante en la interpretación constitucional, tanto como para inducir a repensar el derecho constitucional en su conjunto a la luz del balance. Además, con el paso del tiempo y la extensión del balance a áreas distintas del *free speech* (libertad de expresión), los juristas *liberales* se han percatado de que la técnica del balance puede ser empleada no solo para limitar los derechos expresamente establecidos en el texto constitucional, sino también para abrir nuevos espacios a otros derechos, disolviendo así el aura políticamente conservadora, si no reaccionaria, que la circundó en un primer momento. Del derecho constitucional, la técnica del balance se ha difundido luego a muchas otras (si no a todas) las áreas del derecho.

¹⁴⁹ **Ibid.** Págs. 943-1005.



5.2.2. En Italia

Siguiendo un uso que ya parece consolidado, manifiesta Pino, que “entiende por constitucionalización de la cultura jurídica un proceso que en Italia ha tenido lugar a partir, más o menos, de la mitad de la década de 1960, y que se intensificó en el curso del período de entre los años 1970 y 1980 de gradual penetración de los principios constitucionales en todos los sectores del orden jurídico. Se trata obviamente de un proceso describable en los términos de un cambio de mentalidad de parte de los juristas (o, en todo caso, reivindicado por un grupo de juristas que gradualmente se ha vuelto mayoritario) y realizado a través del recurso a determinadas técnicas interpretativas y argumentativas”.¹⁵⁰

En lo que concierne específicamente al balance, que dicha técnica se ha difundido ampliamente en correlación con el problema de la interpretación y con la aplicación de principios constitucionales y derechos fundamentales. En la cultura jurídica italiana está difundida desde hace tiempo, la idea que, en ciertas circunstancias, resulta oportuno o incluso inevitable efectuar algún tipo de balance o ponderación judicial. A modo de ejemplo, se puede indicar al menos cinco áreas en las que la técnica del balance ha sido ampliamente discutida y aplicada desde, aproximadamente, la década de 1960. Se trata de áreas de gran importancia, de importancia incluso estratégica, pertenecientes a distintas disciplinas.

¹⁵⁰ Pino, Giorgio. **Op. Cit.** Pág. 141.



La primera área es la responsabilidad civil. Según una afirmación de que ya es patrimonio común de los civilistas, el problema del ilícito civil consiste principalmente en la valoración comparativa de dos intereses contrapuestos: de un lado, el interés de alguien amenazado por cierto tipo de conducta y, de otro, el interés del agente que realiza o tiende a realizar aquella conducta. En algunos casos, el conflicto entre los intereses habrá sido regulado de forma general y abstracta por el legislador, entonces el juez solo deberá aplicar la regla al caso concreto. En otros casos, deberá ser el juez quien efectúe la comparación de los intereses en conflicto, teniendo en cuenta la naturaleza de las actividades implicadas y sus consecuencias típicas, e inspirándose en última instancia en criterios de utilidad pública.

La segunda área está representada por la regulación de las intromisiones en el ámbito del derecho de propiedad. El Código Civil italiano, como otros códigos europeos, prevé que el propietario de un predio puede reaccionar contra las emisiones de humo, calor, ruidos, etc., procedentes de otros inmuebles, solo si estas superan lo normalmente tolerable. Además, al valorar la verificación del requisito de lo normalmente tolerable, el juez deberá también conciliar exigencias de la producción con las de la propiedad. Esta disposición es generalmente interpretada como una delegación al juez para cumplir una valoración en términos de balance de los intereses en juego.

Trimarchi, expresa que, “la tercera área concierne a las causas de justificación (las denominadas causas eximentes) en derecho penal. Según algunas teorías circulantes en la dogmática penal italiana, influencia de la dogmática penal alemana, la lógica subyacente a las causas de justificación (y, en particular, la legítima defensa, el estado



de necesidad y, en parte, el consentimiento del titular del bien jurídico), sería, precisamente, la de un balance a realizarse caso por caso, en concreto y, por lo tanto, en sede judicial, entre el bien afectado y el bien que justifica la conducta lesiva”.¹⁵¹

La cuarta área es la del correcto ejercicio de la discrecionalidad administrativa. Según una perspectiva bastante difundida, en el ejercicio de su poder discrecional, la administración pública no puede sino tomar en consideración todos los intereses relevantes (no solo el interés público, sino también eventuales intereses privados que concurren) para luego realizar con ellos una ponderación comparativa, pero, evidentemente, se refleja sobre la verificación que el juez administrativo tenga que realizar ante la eventualidad de figuras sintomáticas de exceso de poder.

La quinta área, manifiesta Pino, “no pertenece a ningún sector específico del derecho positivo, sino a la teoría general de la interpretación, y se trata de la metodología con la que se efectúa la búsqueda de la *ratio legis* por parte de los intérpretes (el denominado argumento teleológico)”.¹⁵² Al respecto se ha sostenido que, dado que la norma jurídica es fruto de una ponderación de intereses en conflicto, la labor del intérprete consiste en reconstruir de manera fiel y exenta de consideraciones personales y arbitrarias la valoración comparativa de los intereses en juego realizada por el legislador.

¹⁵¹ Trimarchi, Pietro. **Enciclopedia del derecho**. Pág. 90.

¹⁵² Pino, Giorgio. **Op. Cit.** Pág. 144.



Por lo tanto, la exigencia que en algunas áreas el jurista-intérprete deba realizar balances y no aplicar reglas sencilla y mecánicamente, estuvo muy presente desde hace tiempo y en una cultura jurídica, como la italiana, a menudo entregada al más exasperante formalismo y conceptualismo.

García Amado, opina que, “es de notar, en todo caso, que, en los ejemplos indicados, el balance es aplicado a *intereses* o a *bienes* a los que ciertamente se reconoce una naturaleza o relevancia jurídica genérica, pero no se advierte en ellos la exigencia de un arraigo constitucional”.¹⁵³ En este período, sencillamente, no se advirtió la idea de encontrar cobertura constitucional y, por tanto, que cada conflicto a ser resuelto plantease al jurista una incompatibilidad aún más problemática y fundamental.

En tal sentido, es significativo que Pietro Trimarchi, muchas veces señalado como referente en el conflicto entre la libertad de información y la tutela del honor y la intimidad, no mencione la posible (y hoy considerada paradigmática) relevancia constitucional.

Ciertamente, hubo algunas pocas excepciones, pero en retrospectiva, estas pueden ser propiamente consideradas como las premisas del cambio de paradigma ocurrido poco después: señales de que algo estaba a punto de cambiar en el aire que los juristas respiraban cotidianamente, factores que, a su vez, han ejercido una influencia determinante en este cambio. Y el cambio, que arremetió en gran parte de la cultura

¹⁵³ García Amado, Juan Antonio. **Op. Cit.** Pág. 61.



jurídica italiana de la década de 1970 en adelante, se produjo a raíz de una nueva forma de interpretar la Constitución.

En breve, manifiesta Fassó, “la cultura jurídica de aquellos años pasó gradualmente de una concepción *liberal*, propia del siglo XVIII, de la constitución como *límite*, a una concepción de la constitución como proyecto: las normas constitucionales no son más consideradas solo como un balance en tutela de bienes fundamentales e intangibles, sino como un conjunto de principios capaces de penetrar en todos los sectores del Derecho y de remodelar las categorías jurídicas recibidas”.¹⁵⁴

En otras palabras, el resultado al que se orientó parte de los juristas tuvo que ser una cada vez más completa constitucionalización del ordenamiento y de la cultura jurídica, y esta labor podría y debía ser desarrollada directamente por los juristas, en sede interpretativa y reconstructiva, sin tener que esperar alguna *interpositio legislatoris*.

Este cambio en el modo de entender la relación entre normas constitucionales y normas infraconstitucionales se inspiró en algunas ideas-guía fundamentales, principalmente dos: la aplicación directa y horizontal de principios o derechos constitucionales en las relaciones entre privados, y la interpretación extensiva (o hiperinterpretación) de las disposiciones constitucionales.

¹⁵⁴ Fassó, Guido. **Op. Cit.** Pág. 193.



Pino se manifiesta sobre estas ideas-guía de la siguiente forma: “Con base en la primera idea-guía, las normas constitucionales son consideradas idóneas para regular también relaciones entre privados (y no solo entre privados y el Estado, o entre órganos del Estado) y, por lo tanto, pueden ser legítimamente invocadas también en controversias jurídicas precisamente entre privados, y aplicadas por los jueces ordinarios”.¹⁵⁵

La eficacia horizontal de las normas constitucionales puede ser implementada por distintos modos, por ejemplo, invocando un principio constitucional para colmar una laguna (y, por otro lado, aprovechando una lectura *constitucionalmente orientada*), o bien orientando al intérprete hacia una interpretación constitucionalmente conforme de las disposiciones legislativas de significado dudoso (interpretación conforme o adecuadora).

Con base a la segunda idea-guía, se cree posible (y más bien inevitable) someter las disposiciones constitucionales especialmente las que atribuyen derechos o proclaman principios a una interpretación extensiva para extraer de ellas innumerables normas implícitas.

La amplitud de la extensión a la que son sometidas las disposiciones constitucionales vería según cuán transparente sea considerada la disposición misma respecto al valor o a los valores que le subyacen, con resultados que pueden llegar hasta el completo

¹⁵⁵ Pino, Giorgio. **Op. Cit.** Pág. 147.



abandono del texto de las disposiciones constitucionales en nombre de una interpretación (o reformulación) a la luz de los principios de razonabilidad.

Consecuencia de la adopción de esta metodología argumentativa es la posibilidad de apelar a principios constitucionales casi en todo posible contexto de la vida social, y de reducir o quizá eliminar los espacios constitucionalmente *vacíos*: casi todo conflicto jurídico se encuentra en un imaginario espacio jurídico en el que se sobreponen las áreas de protección de dos o más derechos o intereses constitucionales; cualquier conflicto de intereses que no tenga una persuasiva composición en las leyes ordinarias, tiene altísimas probabilidades de ser tematizado como un conflicto entre intereses constitucionalmente relevantes.

Además, cuando esta segunda idea se presenta juntamente con la primera (como de hecho sucede), se tiene como consecuencia adicional, obviamente, la expansión geométrica de la posibilidad de que los jueces invoquen principios constitucionales en alguna formulación o reformulación durante la aplicación directa de la constitución a las relaciones jurídicas privadas.

En opinión de Pino “casi todas las áreas del derecho han sido influidas de distintos modos por el proceso de constitucionalización de la cultura jurídica. El resultado es que, en estas áreas, como en otras en las que ya en la fase previa a la constitucionalización, la cultura jurídica efectuaba o exigía efectuar operaciones de balance entre bienes o intereses jurídicamente relevantes, ahora efectúa o exige efectuar un balance entre principios o derechos constitucionales:



- a) De la responsabilidad civil, o al menos de alguna de sus aplicaciones: típicamente cuando se toman en consideración derechos fundamentales, tanto de la posición jurídica afectada como de la actividad lesiva.
- b) Del régimen de las emisiones, particularmente en el caso en que se involucre la protección de la salud de uno de los propietarios o la protección del ambiente.
- c) De la regulación de las causas de justificación en materia penal (protección de la vida o de la integridad física vs. libertad religiosa, pero obviamente también en el caso de libertad de manifestación de pensamiento vs. protección de la personalidad) además de la propia estructura típica de algunos delitos.
- d) Del régimen de los vicios del acto administrativo, en la medida que el control jurisdiccional sobre el ejercicio de la discrecionalidad administrativa se refiere a la verificación de la ponderación que la administración habría debido hacer o habría debido hacer correctamente entre los intereses relevantes, y estos últimos están dotados de relevancia constitucional.
- e) De la interpretación teleológica, en la que la búsqueda de la *ratio legis* es frecuentemente sustituida por la búsqueda de los principios constitucionales relevantes”.¹⁵⁶

¹⁵⁶ Pino, Giorgio. **Op. Cit.** Pág. 149.



Además de estos ejemplos específicos (pero que, en realidad, tienen un alcance amplísimo e importancia estratégica), el tema del balance ocupa, obviamente, un rol central en gran parte de la jurisprudencia y literatura constitucional. Entonces, más allá de los ejemplos puntuales antes indicados, el tema del balance entre principios o derechos constitucionales se ha vuelto hoy, también en Italia, omnipresente.

5.3. El conflicto entre derechos fundamentales

La necesidad de efectuar un balance entre principios o derechos constitucionales tiene como presupuesto que los principios o derechos entren en conflicto, es decir, una situación en la que dos o más derechos no puedan ser simultáneamente satisfechos.

La omnipresencia del fenómeno del balance parece implicar que también el conflicto entre derechos o principios tiene la misma condición, pero esta es, de hecho, una posición controvertida. Existen tres posiciones teóricas respecto de este problema: la de que los conflictos no existen, la de que los conflictos son aparentes y la de que los conflictos son reales.

No es el objeto del presente trabajo estudiar a profundidad las tres posiciones teóricas descritas, por lo que, la que aquí se asume, es la tercera, la de que los conflictos entre principios o derechos son reales, sin que importe mucho una discusión filosófica al respecto, pues manifiesta Popper, “la existencia de la realidad objetiva no ha podido



ser demostrada hasta el día de hoy; podemos decir pues, respecto de la existencia del mundo externo, que vivimos en él y eso basta".¹⁵⁷

Lo dicho hasta ahora permite legítimamente sospechar que el fenómeno del conflicto entre derechos existe, y que no es meramente aparente, sino real. Ninguna estrategia de exclusión o de limitación del conflicto entre derechos logra disipar la idea de que los derechos fundamentales contenidos en el texto constitucional, u obtenidos a partir de él, puedan efectivamente entrar en conflicto entre sí.

Una teoría moral podría aventurarse a construir estipulativamente una jerarquía de valores o precisos órdenes de prioridad, pero si se habla de derechos (subjctivos) positivos, entonces la teoría debe someterse al condicionamiento del derecho (objetivo) positivo.

En lo que concierne a los derechos fundamentales, el derecho positivo dice dos cosas: existe un texto constitucional que no es un monolito ético-ideológico, sino el fruto del concurso y del compromiso entre diferentes ideologías. Además, muy raramente el propio texto establece órdenes de prioridad entre los derechos y, cuando los formula expresamente, tales órdenes de prioridad no son considerados como absolutos, sino como orientativos y derrotables.

¹⁵⁷ Popper, Karl. **Conjeturas y refutaciones**. Pág. 175.



Es posible reconocer que algunas de las anteriores estrategias están motivadas, no solo por las exigencias de coherencia teórica y de rigor epistemológico, sino también por loables finalidades de política del derecho, principalmente, la voluntad de sustraer los derechos a cálculos utilitaristas, situándolos en un espacio protegido donde no lleguen otras consideraciones, especialmente las consideraciones relativas al interés general.

Además, si el conflicto es real, entonces deberá ser resuelto con una técnica (el balance) que desde sus primeras apariciones fue considerada una enemiga de la certeza del derecho, ya que volvería a los derechos fundamentales, y en última instancia a la propia constitución, en lo que las cortes dicen que ella es.

A pesar de las buenas intenciones de quienes defienden las tesis contrarias, la idea de que los derechos fundamentales entran en conflicto y que es necesario balancearlos no nos ha abandonado. La posición que ahora discutimos (la de que los conflictos son reales), nos dice entonces que es inútil y quizás inadecuado ocultar los conflictos como el polvo bajo la alfombra; debemos tratar con ellos. Definamos entonces sintéticamente las hipótesis más frecuentes de conflicto entre derechos constitucionales.

5.4. Clases de conflictos de derechos fundamentales

Zagrebelsky, manifiesta que, “una primera hipótesis está dada por la concurrencia de distintos sujetos en el goce del mismo derecho (conflictos *intra-derechos*), que puede



verificarse a propósito de los derechos sociales”.¹⁵⁸

Una segunda hipótesis está dada por la concurrencia de intereses individuales no homogéneos (conflictos *inter-derechos*). En esta hipótesis de conflicto pueden encontrarse contrapuestos no solo más sujetos titulares de diferentes derechos, sino incluso un mismo sujeto titular de dos derechos en conflicto (por ejemplo, en el caso de la eutanasia, se puede pensar que entran en conflicto el derecho a la vida y el derecho a la autodeterminación de la salud de la propia persona).

Por otra parte, una tercera hipótesis está dada por la concurrencia entre intereses individuales e intereses de otro tipo (colectivos, institucionales, etc.) como, por ejemplo, en el caso del conflicto entre la libertad de prensa y el secreto de Estado.

Estas tres principales hipótesis pueden ser adicionalmente complicadas, dándoles una perspectiva ligeramente distinta, es decir, la perspectiva de la amplitud (o, si se quiere, del grado o de la extensión) con la que se puede presentar cada uno de estos conflictos. Así, con una tipología tomada de la teoría de las antinomias expuesta por Alf Ross, parece muy difundida la distinción entre: “a) conflictos en abstracto y conflictos en concreto, y b) conflictos totales y conflictos parciales”.¹⁵⁹

¹⁵⁸ Zagrebelsky, Gustavo. **El derecho dúctil**. Pág. 147.

¹⁵⁹ Ross, Alf. **Sobre el derecho y la justicia**. Pág. 122.



Los conflictos en abstracto surgen cuando las normas que establecen los derechos en disputa relacionan consecuencias incompatibles con supuestos normativos abstractos que se sobreponen conceptualmente. Por ejemplo, el derecho de A de hablar entra en conflicto con el derecho de B a no ser insultado (verbalmente); este último derecho puede ser conceptualmente afectado solo por el ejercicio de la libertad de expresión.

Los conflictos en concreto surgen cuando las normas que establecen derechos en disputa relacionan consecuencias incompatibles con un supuesto normativo concreto, lo que sucede cuando es posible reconducir simultáneamente tal supuesto normativo a dos clases de supuestos normativos conceptualmente independientes. Por ejemplo, el derecho de A a hablar entra en algunos casos en conflicto con el derecho de B a la propia privacidad; sin embargo, esta última podría ser afectada también con medios distintos a la expresión, por ejemplo, con fotografías o interceptaciones telefónicas.

Por el contrario, se tiene un conflicto total cuando el ejercicio de un derecho A, en cualquier variante posible, no puede coexistir (no es conciliable) con el ejercicio de otro derecho B, en cualquier variante posible. Un conflicto parcial unilateral se verifica cuando el ejercicio de un derecho A, en cualquier variante posible, no puede coexistir con el ejercicio de algún caso específico del derecho B. Un conflicto parcial bilateral se verifica cuando el ejercicio de algunos casos específicos de un derecho A no puede coexistir con el ejercicio de algunos casos específicos del derecho B.

Prieto Sanchís, expresa que, “a veces, no resulta del todo clara la relación entre esas dos categorías de antinomias (en abstracto/en concreto y totales/ parciales), sin la



utilidad de distinguirlas, por supuesto, en relación con los conflictos entre derechos fundamentales o entre principios constitucionales (en cambio, la distinción funciona, obviamente, cuando se aplica a las antinomias entre reglas, es decir, entre normas que tienen condiciones de aplicación bien definidas)".¹⁶⁰

En efecto, tratándose de normas con condiciones de aplicación no precisamente predeterminadas, las antinomias totales o las parciales unilaterales no pueden sino ser antinomias en abstracto, mientras que las antinomias parciales bilaterales no pueden sino ser en concreto.

Esto significa que un conflicto parcial bilateral entre derechos fundamentales, siendo necesariamente también un conflicto en concreto, no es exactamente predeterminar en abstracto como, en cambio, podrían ser las antinomias parciales bilaterales entre reglas (con la famosa imagen de los dos círculos que se superponen parcialmente).

Normalmente, los conflictos entre derechos constitucionales (en las tres variantes descritas) pertenecen precisamente a la categoría de los conflictos en concreto, o parciales bilaterales.

Esto deriva no solo de la circunstancia que los derechos constitucionales están formulados en términos extremadamente amplios y genéricos, sino también del hecho de que un mismo derecho constitucional puede fundar varios y más específicos

¹⁶⁰ Prieto Sanchís, Luis. **El juicio de ponderación**. En: **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Pág. 175.



derechos, facultades, pretensiones y obligaciones a cargo de terceros; estos podrían entrar en conflicto con derechos, facultades, pretensiones y obligaciones derivados de algún otro derecho constitucional.

Si este esquema es confiable, entonces, normalmente, el conflicto podrá surgir solamente entre algunos de estos específicos derechos, facultades, pretensiones y obligaciones derivados, respectivamente, de algunos de los derechos en disputa, y no entre todos. Esta situación que puede reconducirse al esquema de la antinomia parcial bilateral implica también que las hipótesis no son exactamente predeterminables (más allá de los casos paradigmáticos y de los casos ya conocidos).

Como hipótesis, manifiesta Prieto Sanchís, “se puede advertir en todo caso, que no todos los tipos de conflictos entre derechos fundamentales se pueden reconducir fácilmente al esquema de las antinomias parciales bilaterales”.¹⁶¹ Por ejemplo: ¿qué tipo de antinomia es el conflicto *intra-derechos*? Obviamente puede ser considerado un conflicto parcial bilateral, pero solo asumiendo que el conflicto se dé entre derechos más específicos que surgen del derecho constitucional más general y sin que uno de ellos sea íntegramente reconducible al ámbito de aplicación del otro.

El panorama se complica cuando advertimos que muchos de estos derechos más específicos están expresados por normas implícitas, obtenidas por los intérpretes a partir de normas constitucionales más generales, utilizando procedimientos argumentativos de distinto tipo.

¹⁶¹ **Ibid.** Pág. 185.



Lo anterior quiere decir que el grado de generalidad o especificidad de estos últimos derechos es íntegramente remitido a determinaciones y convenciones interpretativas (cuya mayor o menor aceptación en el ámbito de la cultura jurídica es contingente), por lo que, en principio, nada impide que un conflicto *intra-derechos* se configure también como una antinomia total.

Podría también preguntarse si el conflicto entre la igualdad formal y sustancial es, en realidad, un conflicto parcial en concreto, o bien (más preocupante) un conflicto en abstracto total (conceptualmente es imaginable una medida de igualdad sustancial que no afecte la igualdad formal, y viceversa).

5.5. La resolución de los conflictos de derechos fundamentales

En todo caso, como lo expresa Pino, “la consecuencia práctica es la misma: los criterios tradicionales de solución de las antinomias no sirven para resolver estos tipos de conflicto. Una vez aceptado que los derechos en conflicto tienen la misma dignidad, porque ambos cuentan con la garantía constitucional, el intérprete no tendrá la posibilidad de recurrir:

- a) Al criterio *lex superior derogat inferiori*, por cuanto se trata precisamente de derechos equi-ordenados en el plano de la jerarquía de las fuentes.
- b) Al criterio *lex specialis derogat generali*, por cuando entre las normas que fundan los dos derechos en conflictos no se da una relación de especialidad, ninguna de



las dos normas es especial respecto a la otra. Se trata, en efecto, de una antinomia parcial bilateral”.¹⁶²

Parecería que se llega a un punto muerto porque, al parecer, no se dispone de una jerarquía entre los derechos fundamentales en conflicto, solo tenemos un catálogo, una lista de derechos en conflicto y competencia. El punto muerto se resuelve con una fórmula mágica: el balance o ponderación entre los derechos en conflicto.

5.6. El balance o ponderación de derechos fundamentales

El balance es una metáfora, y una muy sugerente. En primer lugar, la balanza es uno de los símbolos más antiguos de la justicia. Remite a una actividad que no solo es equilibrada, sino también precisa y objetiva: algo (cualquier cosa del mundo) tiene asignado un peso en relación con una unidad de medida y, por transitividad, el peso es asignado a otras cosas de distinto tipo. Al final, entre ambos tipos de cosas, y entre cualquier cosa, se establece o, simplemente se destaca una relación de peso fácil, medible y evidente.

Mendonca, dice que, “es obvio que en el Derecho las cosas no son tan simples. Lo que debe ser jurídicamente pesado no tiene en realidad un peso o propiedad objetiva y medible y, generalmente, es controvertida también la propia identificación de lo que debe ser puesto sobre el plato de la balanza. Por ello, la aptitud de esta metáfora para

¹⁶² Pino, Giorgio. **Op. Cit.** Pág. 187.



describir o, incluso, solo para sugerir de forma adecuada el razonamiento judicial ha sido duramente criticada”.¹⁶³

Ciertamente, el balance es una fórmula ambigua desde distintos puntos de vista, nadie niega que en el derecho es frecuente, legítima e incluso necesaria una actividad de balance de algún tipo entre derechos fundamentales. Se dice, sin embargo, que, por su naturaleza, dicha actividad involucra un grado de discrecionalidad política que solo es típica y apropiada, del legislador y, a veces, de un modo distinto, de la administración pública.

Es obvio que los legisladores efectúan continuos balances entre distintos bienes dignos de reconocimiento y regulación jurídica; en todo caso, lo deseable es que los legisladores hagan bien esta labor, es decir, que el legislador extraiga un balance razonable.

Las perplejidades surgen, manifiesta Galindo Sifuentes, “cuando quienes realizan el balance no son más, o no solo, los sujetos que crean las leyes usando toda la prudencia permitida, sino los sujetos que deberían aplicar, mecánicamente, tales leyes: los jueces”.¹⁶⁴ En otras palabras, la perplejidad es que los jueces, apropiándose de la técnica del balance, llevan a cabo una labor sustancialmente paralegislativa.

¹⁶³ Mendonca, Daniel. **Los derechos en juego**. Pág. 59.

¹⁶⁴ Galindo Sifuentes, Ernesto. **Argumentación jurídica**. Pág. 195.



Este tipo de balance es el de la actividad argumentativa y decisoria, y del producto de esta actividad desarrollada por las cortes cuando deben decidir un caso para el cual son simultáneamente relevantes dos derechos fundamentales en disputa.

Quizás la misteriosa actividad que se esconde tras la metáfora del balance puede ser indagada con mayor provecho, descomponiendo analíticamente los distintos aspectos relativos al balance.

5.7. Las situaciones susceptibles de ser balanceadas

Ciertamente, es posible que se encuentren en conflicto dos derechos constitucionales que deban ser balanceados. Sin embargo, un derecho constitucional puede entrar en conflicto también con distintas cosas, como un principio o un interés. Incluso, en los orígenes del balance está la idea de que el objeto del juicio de ponderación son los intereses que emergen de una manera casi espontánea del análisis de las circunstancias del caso.

Guastini, “expresa que, la idea que en el juicio del balance puedan entrar no solo derechos, sino también entidades de menos *pedigrí* como *los intereses*, sigue estando asociada a la imagen del balance, y a menudo es invocada precisamente para descreditar el que se recurra a esta técnica”.¹⁶⁵ En efecto, se denuncia el peligro de que el balance sea empleado para sopesar cosas que no deberían ser puestas en el

¹⁶⁵ Guastini, Ricardo. **Estudios sobre la interpretación jurídica**. Pág. 125.



mismo nivel: los derechos o principios constitucionales, de una parte y los intereses, de otra.

Esta preocupación responde a ciertas ideas compartidas, la principal, la voluntad de sustraer los derechos fundamentales de cálculos utilitaristas, y de progresivas erosiones realizadas a través de la interpretación; sin embargo, por desgracia, la distinción entre (nobles) derechos y principios, y (vulgares) intereses no siempre es tan sencilla.

En primer lugar, la premisa obvia de la pregunta sobre si es posible el balance de un interés con un derecho o principio constitucional, es que tal interés tenga algún tipo de cobertura constitucional (lo contrario ocurre con el criterio jerárquico de solución del conflicto). Esta es una observación trivial y, por desgracia, no decisiva.

En efecto, los enunciados contenidos en las disposiciones constitucionales, consignadas en términos extremadamente amplios, de contenido valorativo, se prestan (y habitualmente se someten) a interpretaciones decididamente extensivas. Además, esta característica se acentúa en un clima cultural (como el que caracteriza a muchas culturas jurídicas contemporáneas) propenso a la hiperinterpretación de la Constitución; de este modo, en vía interpretativa pueden ascender numerosos intereses a los más altos niveles de la jerarquía de las fuentes.



Es obvio que existen distintos filtros que pueden seleccionar el acceso de los intereses al nivel constitucional; por ejemplo, en la propia formulación lingüística de las disposiciones constitucionales, en los contenidos éticos que se consideran compatibles con la dimensión ética sustancial del ordenamiento, en las convenciones argumentativas aceptadas en la cultura jurídica. Sin embargo, manifiesta Mendonca, “en un clima de cultura jurídica ampliamente constitucionalizada, tales filtros actúan de una manera más flexible que en otros contextos”.¹⁶⁶

En segundo lugar, una vez reconocido que un cierto interés puede tener valor constitucional, se hace difícil distinguirlo de un derecho o de un principio. En efecto, un interés puede tener una dimensión individual, o bien una dimensión colectiva o, incluso, pública e institucional. En el primer caso es difícilmente distinguible de un derecho. ¿Qué distingue los derechos de los intereses sino, banalmente, el mero hecho que los primeros han sido reconocidos como tales?; en el segundo caso, es difícilmente distinguible de un principio. Nuevamente, se desvanece la oposición dicotómica derechos/intereses.

En tercer lugar, razonando ya no sobre el plano de la teoría de las fuentes y de la interpretación sino sobre un plano de política del derecho, o incluso sobre el plano de una desencantada teoría iusrealista de los derechos, no se ve por qué las consideraciones relativas a la *sustancia* de un derecho fundamental debería (y podría) ser siempre nítidamente distinguido de preferente a las consideraciones relativas a los instrumentos institucionales destinados a hacer efectivos los derechos mismos.

¹⁶⁶ Mendonca, Daniel. **Op. Cit.** Pág. 57.



En efecto, un mismo derecho puede tener múltiples articulaciones internas, puede ser ejercitado de diferentes maneras, no todas igualmente cercanas al valor que justifica el reconocimiento de tal derecho. Algunas pueden tener una importancia instrumental esencial en vista de aquel valor (y así recaen en el núcleo esencial), mientras que otras pueden tener una importancia más indirecta. De ser así, no se advierte por qué se debería excluir *a priori* la posibilidad del balance por ejemplo del derecho de defensa (en toda posible articulación), con consideraciones relativas a la eficiencia del aparato judicial.

El único modo para evitar el resultado no deseado de balancear derechos fundamentales con consideraciones de otro tipo consistiría en postular (o instituir mediante la interpretación) una jerarquía entre los valores constitucionales o, al menos, en sustraer del balance el núcleo esencial de los derechos fundamentales (pero, en ambos casos, encontrando las dificultades descritas).

5.8. La distinción entre el balance y otros conceptos

La exposición metafórica del balance o ponderación evoca dos ideas distintas, ambas presentes en la técnica del balance judicial de los derechos: por un lado, la idea de asignar un peso a algo y, por otro lado, la idea de poner en equilibrio, de conciliar una cosa con otra. Veamos primero si esta segunda idea efectivamente hace justicia de lo que sucede cuando la técnica del balance es llevada a cabo por las cortes.



Zagrebelsky, dice que, “está difundida la idea de que la operación del balance deba tender a hacer posible la coexistencia de dos principios o derechos en conflicto, encontrando un punto de equilibrio”.¹⁶⁷ El uso frecuente de esta terminología metafórica encubre la dificultad de no poder resolver la contradicción normativa declarando la invalidez, abrogación o la derogación de una de las dos normas en conflicto: ambas son válidas y permanecen válidas incluso tras la solución del conflicto, pero una deberá necesariamente prevalecer; y si una prevalece, pero la otra se mantiene en todo caso válida, esto debe significar que entre las dos se ha encontrado un arreglo, un punto de equilibrio.

A algunos les parece, sin embargo, que la terminología metafórica no solo es confusa, sino también engañosa. Ricardo Guastini, en particular, ha sostenido que “lo que las cortes hacen realmente cuando dicen balancear derechos o principios, no es asegurar la armónica convivencia de los principios o derechos en conflicto, sino simplemente sacrificar uno a favor del otro: balance sería, entonces, sinónimo no de acomodamiento o de conciliación, sino de abandono o supresión de un derecho en beneficio de otro (en relación con un caso concreto)”.¹⁶⁸

Nótese que no se trata de la proverbial disputa entre quienes ven el vaso (de los derechos) medio vacío o medio lleno; lo que se obtiene de la lectura de Guastini es, sobre todo, que, tras el juicio de balance, el vaso de uno de los dos derechos está completamente vacío.

¹⁶⁷ Zagrebelsky, Gustavo. **Op. Cit.** Pág. 11.

¹⁶⁸ Guastini, Ricardo. **Op. Cit.** Pág. 219.



Esta representación del balance no es del todo convincente. Es cierto que la idea de Guastini sirve eficientemente para desmitificar la imagen simple e ilusoria de que el intérprete encuentre casi mágicamente (y, a menudo, con una muy pobre carga argumentativa) una armonía entre derechos en conflicto. Sin embargo, la idea de que tras el balance se suprime uno de los derechos (en estricto, en el caso concreto) puede ser interpretada de dos modos.

En primer lugar, puede significar que no es conceptualmente posible conciliar dos derechos en conflicto, sino solo hacer triunfar uno en total sacrificio del otro. En segundo lugar, puede significar que conciliar dos derechos en conflicto es conceptualmente posible, pero que las cortes a menudo no logran realizar correctamente esta operación, con la consecuencia que, en definitiva, el balance se resuelve con el sacrificio de un derecho a favor del otro.

La primera versión no es fácilmente defendible, porque presupone una imagen casi identificada y esencialista de los principios o de los derechos constitucionales. Un derecho constitucional no es una construcción geométrica o un globo que explota si se le perfora en algún punto.

Sin embargo, la regulación de un derecho constitucional comprende varias oleadas de derechos, facultades, pretensiones, obligaciones a cargo de tercero, garantías que deberían asegurar la satisfacción del interés o del valor que justifica el derecho fundamental. Y se puede, razonablemente, sostener que todos estos derechos, facultades, pretensiones, obligaciones y garantías no solo no son siempre



determinables, sino que, además, no tienen la misma importancia (o el mismo peso) en vista de la satisfacción del interés o del valor que funda el derecho fundamental.

Si es así, no existe razón de afirmar *a priori* que *todas* las obligaciones, derechos, facultades, pretensiones, garantías que (por ejemplo) se desprenden de la igualdad formal deban siempre tener más importancia que todas las obligaciones, derechos, facultades, pretensiones, garantías que se desprenden de la igualdad sustancial.

Desde este punto de vista, quizás, la teoría o más vagamente la idea del contenido esencial de los derechos fundamentales, aunque inaceptable en sus formulaciones más ingenuas y cognitivistas (u ontologizantes), puede ofrecernos una útil enseñanza sobre la estructura de los derechos: que la regulación de un derecho es algo muy complejo, y que no todo lo que está dentro de él tiene la misma proximidad con el núcleo central del derecho, la misma importancia instrumental para la realización del valor que justifica tal derecho.

Comanducci, manifiesta que, “si lo dicho es plausible, entonces no se puede sostener que toda limitación o sacrificio de un derecho sea por sí mismo una supresión de aquel derecho”.¹⁶⁹ Compárese la imposición de una obligación de resarcimiento a cargo de quien ha difundido noticias falsas sobre la vida privada ajena, con la obligación de autorización previa, por parte de la autoridad política, de las publicaciones destinadas al público: ¿se trata en ambos casos, quizás, de supresión de la libertad de expresión?

¹⁶⁹ Comanducci, Paolo. **Formas de neoconstitucionalismo. Un análisis metateórico.** En: **Revista Isonomía.** Pág. 111.



Prohibir en ciertos días de la semana la circulación de vehículos con la misma matrícula o, incluso, poner un semáforo en un cruce, ¿equivale a sacrificar la libertad de locomoción? Ciertamente, desde un punto de vista se puede sostener que el derecho fundamental DF incluye una serie de derechos implícitos DF1, DF2, DF3, etc., y que, tras el balance, algunos de estos derechos ceden completamente ante otro derecho considerado más importante. Pero, nuevamente, ¿esto equivale a decir, sin más, que *el derecho* DF ha sido sacrificado?

La segunda versión es un juicio de hecho y, como tal, susceptible de ser verdadero o falso, sobre la base de estudios empíricos realizados sobre la motivación de las sentencias en las que se efectúa una operación de balance. Esto, sin embargo, como manifiesta Guastini, “presupone reconocer la posibilidad conceptual de la idea del balance que, más bien sirve para distinguir entre buenos balances (que tienen éxito en acomodar los derechos en conflicto) y malos balances (que sacrifican del todo uno de los dos derechos)”.¹⁷⁰

5.9. Los balances necesarios

Tiene sentido distinguir al menos dos tipos de balance tomando prestada la terminología difundida en la cultura jurídica estadounidense, se distinguirá entre: a) un balance *definicional* o *categorial*, y b) un balance *caso por caso*. El siguiente paso será ver si tal distinción tiene verdadero sentido, y si acaso no podrían darse otros tipos de balance.

¹⁷⁰ Guastini, Ricardo. **Op. Cit.** Pág. 30.



5.10. Balance caso por caso

En el caso del balance caso por caso, o balance *ad hoc*, el conflicto se resuelve en cada ocasión con base en una valoración de los intereses y de las circunstancias específicamente previstas por las partes en el caso concreto.

Este modo de concebir el balance está implícito cada vez que se afirma que la solución del conflicto puede ser alcanzada solo para el caso concreto, para un determinado caso, solo para el caso que se está juzgando, o expresiones similares. Una de las más lúcidas reconstrucciones de esta concepción del balance se debe a Ricardo Guastini, quien ha sostenido “que el balance consiste en instituir entre los principios o derechos en conflicto una jerarquía axiológica móvil”.¹⁷¹

En particular, la jerarquía producida como resultado del balance judicial entre los dos derechos o principios en conflicto es axiológica, en cuanto establecida a través de un subjetivo juicio de valor del intérprete (en el texto constitucional los dos derechos o principios son equi-ordenados, por lo tanto, la jerarquía es extraña al texto), y es móvil en cuanto relativa al caso concreto y no necesariamente reproducida en futuros casos (dado que los derechos o principios en conflicto permanecen plenamente válidos, nada garantiza que en un futuro caso, incluso igual al precedente, la jerarquía no sea inversa).

¹⁷¹ Guastini, Ricardo. **Op. Cit.** Pág. 216.



El balance sería, entonces, portador de una doble discrecionalidad: en primer lugar, en el preferir un derecho a otro a elección del intérprete, y en segundo lugar, en la posibilidad de invertir dicho orden de preferencia en futuros casos. Como correctivo a este exceso de discrecionalidad, Guastini¹⁷² sugiere “resolver el conflicto entre principios con base en el criterio de especialidad: de este modo, se tendría una jerarquía (siempre axiológica, pero) rígida y, por lo tanto, con un solo grado de discrecionalidad”.¹⁷³

La tesis de Guastini sobre el balance tiene, sin duda, la ventaja de destacar el aspecto fuertemente valorativo de esta técnica argumentativa, rasgando el velo retórico que generalmente cubre las motivaciones de las sentencias y que tendería a acreditarla como una operación dotada de precisión objetiva. Sin embargo, como veremos en breve, es probable que esta tesis logre captar solo una parte del fenómeno de balance.

Entendido el balance en sentido casuístico o particularista en la solución del conflicto entre derechos, no parece haber espacio para un razonamiento de tipo deductivo, basado en la aplicación de una regla, como lo manifiesta Nimmer: “La decisión es, aparentemente, tomada a través de una apreciación equilibrada y profunda (o bien, con mirada más realista, a través de una apreciación del todo subjetiva e idiosincrática) de los intereses en juego, de las características relevantes del caso, de su peso, y otras

¹⁷² Guastini, Ricardo. **Op. Cit.** Pág. 252.

¹⁷³ **Ibid.**



consideraciones de este tipo, y prescindiendo de la aplicación de una regla estable de solución del conflicto”.¹⁷⁴

Afirmar que el balance *ad hoc* sea relativo a un caso concreto, sin que sea necesario (ni oportuno) aplicar una regla, parece transmitir la idea de que, para cada caso concreto, entendido como caso individual, perteneciente a un mismo caso genérico, como lo expresan Alchourrón y Bulygin, “vale una decisión individualizada, particularista”.¹⁷⁵

En otras palabras, parece sugerir incluso que dos casos concretos suficientemente similares o, más aún, idénticos puedan y deban ser decididos con un juicio individualizado, referido exclusivamente al aquí y ahora, que pueda llevar a distintos resultados en los dos casos. Pero, el que una decisión pueda ser asumida de este modo no se puede sostener racionalmente, y no creo que sea esto lo que se quiere sostener por quienes afirman que la solución viene dada caso por caso, o en relación al caso concreto.

En efecto, sería un sinsentido pretender que tras el balance se decida un caso de un cierto modo y que, en un futuro caso del mismo tipo (otro caso individual que representa un supuesto del mismo caso genérico), se decida de otro modo. Una similar concepción del balance *ad hoc* lo entregaría a la pura irracionalidad.

¹⁷⁴ Nimmer, M. **The right to speak from times to time.** Pág. 939.

¹⁷⁵ Alchourrón, Carlos; Bulygin, Eugenio. **Introducción a la metodología de las ciencias sociales.** Pág. 32.



MacCormick afirma que: “No es posible reconstruir racionalmente una decisión, sino como aplicación de un criterio (una regla, un estándar) universalizable, que pueda regir la decisión también en otro caso igual”,¹⁷⁶ sin embargo, lo que los partidarios del balance caso por caso intentan decir (bajo pena de irracionalidad) es que no se darán nunca casos iguales, casos que tengan en común todas las propiedades relevantes. En un hipotético caso futuro podrían surgir (casi inevitablemente) otras características, intereses, etc., que lleven al intérprete a asumir una decisión distinta.

Es evidente, entonces, que también en el caso de un balance *ad hoc* se aplica una regla. Sin embargo, dicha regla es considerada aplicable a una clase de casos genéricos construida de un modo extremadamente inestable: los casos futuros serán fácilmente considerados como supuestos de distintos casos genéricos.

La generalización permanece constante solo *ceteris paribus*, expuesta en innumerables e impredecibles excepciones. El juez se reserva así un rol casi equitativo (como se refleja en expresiones frecuentes en la jurisprudencia como: es necesario determinar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto, el conflicto debe ser resuelto con una atenta valoración de los intereses en el caso concreto, y similares).

Obviamente, el modo de funcionar del balance caso por caso puede ser reconstruido poniendo también el acento sobre el carácter oportunista subyacente a esta estrategia decisoria. Dado, en efecto, que también una decisión *ad hoc* se puede formalizar en

¹⁷⁶ MacCormick, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Citado por: Atienza, Manuel. **Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica**. Pág. 105.



términos de aplicación de una regla general, la diferencia respecto a la decisión definicional es, entonces, que en el primer caso el juez no *enuncia* la regla, es decir, no declara seguir la regla (incluso jurisprudencial) preexistente al juicio, y no dice que el criterio para la decisión de ese caso específico (dicha regla) será aplicable a todos los casos futuros como elementos similares.

En casos de este tipo, entonces, la decisión puede ser reconstruida en términos de aplicación de una regla universalizable, pero el juzgador no está dispuesto a explicarla (y, por lo tanto, a universalizarla); en otras palabras, a atarse de manos en casos futuros que podrían presentar particularidades no previstas.

Por último, se podría suponer que por *caso concreto* se deba entender una ley específica y no un acontecimiento concreto en el mundo real. El balance relativo a un caso concreto sería, entonces, un balance entre dos principios o derechos constitucionales que se consideran válidos respecto a las circunstancias tomadas en consideración por una ley: la Corte, entonces, sobrepone (y eventualmente sustituye) su propio balance al efectuado por el legislador.

Sin embargo, dado que normalmente una ley se refiere a una clase de casos y, por lo tanto, a un caso genérico, dudo que resulte apropiado sostener, sin más, que este tipo de balance sea relativo al caso concreto. Incluso parece tomar la forma de un balance definicional.



5.11. Balance definicional

Pino manifiesta que, “en el caso del balance definicional o categorial, el conflicto entre los derechos o principios se resuelve identificando una regla general y abstracta, que pueda aplicarse también a los futuros casos de conflicto”.¹⁷⁷

Un balance definatorio puede ser reconstruido como una metodología decisional que, aun teniendo márgenes valorativos, no se traduce necesariamente en un desenfrenado subjetivismo, en valoraciones idiosincrásicas y particularistas adoptadas caso por caso, sino que, en cambio, es racionalmente controlable, contando con márgenes suficientemente confiables de predecibilidad de las decisiones judiciales.

Este tipo de balance prevé que para cada caso (genérico) de conflicto entre dos derechos fundamentales se pueda identificar una regla que, dadas ciertas condiciones de aplicación, indique la prevalencia de uno de los dos derechos sobre el otro o, en todo caso, indique las modalidades de coordinación del ejercicio de los dos derechos.

La regla será aplicable a todos los casos del conflicto que presenten las características previstas en el supuesto de hecho de la regla. De este modo, el balance no sería una actividad decisional del todo ajena e incompatible con la subsunción, sino más bien, un paso preliminar a la construcción de la premisa mayor del silogismo judicial y, por lo tanto, un preludio a la aplicación subsuntiva de una regla. La decisión asumida tras el

¹⁷⁷ Pino, Giorgio. **Op. Cit.** Pág. 203.



balance será racionalmente controlable, al igual que una decisión adoptada aplicando cualquier otra regla.

Como puede observarse, el balance o ponderación de derechos fundamentales es una operación que presente complejidades e interrogantes que no son fáciles de resolver y contestar. Seguramente, con el transcurrir del tiempo, nuevas investigaciones y aportes tratarán de responder a los problemas actuales que plantea esta técnica de solución de conflictos de derechos fundamentales.



CONCLUSIÓN

El derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión son derechos fundamentales, consagrados generalmente en las constituciones y en las convenciones o tratados de derechos humanos, sin embargo, es bastante frecuente que entren en conflicto, porque los límites de los derechos fundamentales son bastante difusos y su extensión no es absoluta, son derechos *prima facie* cuyo límite no puede establecerse con exactitud.

No obstante, debe tomarse en cuenta que los derechos fundamentales y sus garantías son pre-condiciones para la democracia y, por lo tanto, la presuponen. Por supuesto, se habla de la democracia entendida como un Estado constitucional de derecho que protege y promueve el ejercicio pleno de los derechos fundamentales, sin embargo, la acción de cualquier estado y su configuración política pertenecen al ámbito de la soberanía.

Ambos modos de concebir los derechos fundamentales al honor y a la libertad de expresión, deben ser compatibles con los valores democráticos de pluralismo, imparcialidad, tolerancia, responsabilidad, solidaridad y deliberación pública, siempre teniendo en cuenta que se vive en una sociedad que está sujeta al imperio de la ley.

En esa tesitura, se debe conciliar en el marco del deber estatal de respeto y garantía de los derechos fundamentales, los intereses de las personas en cuanto a ambos derechos, pues no es posible desprotegerlos sin provocar una afectación a su libertad



de ejercicio. La ponderación de derechos fundamentales es la técnica adecuada para la resolución del conflicto de los derechos al honor y a la libertad de expresión.

La democracia y sus instituciones son, en principio, la principal garantía para la defensa de los derechos fundamentales, pero si son puestas al servicio de intereses ajenos, se transformen en un medio que las limita y las desvirtúa, quedan en estado de indefensión frente los abusos y a la arbitrariedad.

Se debe tomar en cuenta que, sin libertad de expresión y de información no podrían ser ejercidos con plenitud todos los demás derechos fundamentales y se pondría en peligro las otras libertades y la democracia, incluyendo la libertad y el pluralismo político, pero no puede asumirse una actitud utilitarista pretendiendo hacer valer la libertad de expresión sobre el honor, la libre autodeterminación, la imagen y la dignidad de las personas, porque un derecho ejercido sin límite, por muy fundamental que sea, culmina en la tiranía y el abuso.

Como no puede hacerse referencia a derechos fundamentales sin estatalidad, es el Estado el llamado al deber de respeto y garantía de todos los derechos fundamentales, incluyendo los derechos al honor y a la libertad de expresión; en ese sentido, sería apreciable el activismo judicial orientado para la efectiva protección de los derechos fundamentales y, no solo, para la promoción de intereses político-partidarios o ideológicos. Respecto de la hipótesis formulada en el plan de investigación, puede decirse que se comprueba su verosimilitud en el contenido del presente informe de investigación.



BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR DE LUQUE, Luis. **Los límites de los derechos fundamentales**. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 2003.
- ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. **Introducción a la metodología de las ciencias sociales**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 2006.
- ALENIKOFF, T. A. **El derecho constitucional en la era del balance**. En: **Revista de Derecho de la Universidad de Yale No. 96**. México: UNAM, 1987.
- ÁLVAREZ, Silvina. **Pluralismo moral y conflictos de derechos fundamentales**. Madrid, España: Alianza Editorial, 2008.
- AÑÓN, María José. **Derechos fundamentales y estado constitucional**. En: **Cuadernos constitucionales. No. 40**. España: Universidad de Valencia, 2002.
- ARANGO, Rodolfo. **Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales**. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes, 2007.
- BICKEL, Alexander. **La rama menos peligrosa. La Corte Suprema de los Estados Unidos en el banquillo de la política**. México: Fondo de Cultura Económica, 2020.
- BRETÓN, Felipe. **La utopía de la comunicación. El mito de la aldea global**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Nueva Edición, 2000.
- CARPIZO, Jorge. **Los derechos humanos. Una propuesta de clasificación de los derechos civiles y políticos**. En: **Revista de la Facultad de Derecho de México, Volumen LXI, Número 256. Julio-diciembre**. México: UNAM, 2011.
- CASADO, María. **Sobre la dignidad y los principios**. Madrid, España: Editorial Civitas, 2009.



CASTÁN TOBEÑAS, José. **Los derechos de la personalidad.** Madrid, España:

Editorial Cultura, 1958.

CASTÁN VÁSQUEZ, José M. **La protección al honor en el derecho español.**

Barcelona, España: Editorial Tirant lo Blanch, 2001.

CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, Mireya. **El principio pro-persona ante la ponderación de derechos.** Madrid, España: Editorial Trotta, 2017.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de neoconstitucionalismo. Un análisis metateórico.**

Revista isonomía. No. 16. Abril 2002. Traducción de Miguel Carbonell.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. **Formación y evolución de los derechos fundamentales.**

Madrid, España: Editorial Dykinson, 2005.

DE CUPIS, Adriano. **El derecho de la personalidad.** Barcelona, España: Editorial

Bosch, 1962.

DE OTTO, Ignacio. **Derecho constitucional. Sistema de fuentes.** Barcelona, España:

Editorial Ariel, 1987.

FASSÓ, Guido. **Historia de la filosofía del derecho 3. Siglos XIX y XX.** Madrid,

España: Editorial Pirámide, (s. f.).

FERNÁNDEZ CIFUENTES, Marta. **Rectificación. Derecho de respuesta.** México:

Editorial Porrúa, 2005.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. **Derecho a la identidad personal.** Buenos Aires,

Argentina: Editorial Astrea, 1992.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. **Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad.** México: UNAM, 2011.



- GALIANO HAENCH, José. **Derechos humanos, teoría, historia, vigencia y legislación.** Santiago de Chile, Chile: LOM-ARCIS Universidad, 2008.
- GALINDO SIFUENTES, Ernesto. **Argumentación jurídica.** México: Editorial Porrúa, 2008.
- GONZÁLEZ, Nazario. **Los derechos humanos en la historia.** México: Editorial Alfaomega, 2002.
- GUASTINI, Ricardo. **Estudios sobre la interpretación jurídica. Biblioteca Virtual de la UNAM.** México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1999.
- HOLMES, Oliver Wendell. **Las nuevas tendencias del derecho.** Citado por: KAUFMANN, Arthur. **Filosofía del derecho.** Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1999.
- IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. **Control de convencionalidad.** México: UNAM, 2017.
- LARENZ, Karl. **Metodología de la ciencia del derecho.** Barcelona, España: Editorial Ariel, 2001.
- LEPP, Ignace. **La comunicación de las existencias.** México: Editorial Porrúa, 1994.
- LEVY, Pierre. **Ciberdemocracia. Ensayo sobre filosofía política.** Barcelona, España: Editorial UOC, 2004.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución.** Barcelona, España: Editorial Ariel, 2001.
- MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory.** Citado por: ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica.** México: UNAM, 2007.



MENDONCA, Daniel. **Los derechos en juego**. Madrid, España: Editorial Tecnos, 2003.

NIMMER, M. **The right to speak from times to time**. En: **California Law Review No. 56. Vol. 4**. Estados Unidos: California University, 1968.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos humanos en la sociedad tecnológica**. Madrid, España: Editorial Tecnos, 2003.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid, España: Editorial Tecnos, 2011.

PIÑAR MAÑAS, José Luis. **El derecho a la autodeterminación informativa**. Madrid, España: Fundación Coloquio-jurídico europeo, 2009.

PIRONE, Gennaro. **El derecho a la imagen**. Madrid, España: Editorial Trotta, 2008.

PLATTS, Mark. **Sobre usos y abusos de la moral**. México: UNAM-Paidós, 1999.

POPPER, Karl. **Conjeturas y refutaciones**. Barcelona, España: Editorial Paidós, 1974.

POPPER, Karl. **Después de la sociedad abierta. Escritos políticos**. Barcelona, España: Editorial Paidós, 2003.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Derechos fundamentales, neoconsitucionalismo y ponderación judicial**. Lima, Perú: Editorial Palestra, 2007.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **El juicio de ponderación**. En: **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid, España: Editorial Trotta, 2003.

RESCIGNO, Pietro. **El derecho al honor en el sistema de derecho civil**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Faro, 1985.

ROSE, Flemming. **La tiranía del silencio**. Madrid, España: Editorial Oberon, 2010.

ROSS, Alf. **Sobre el derecho y la justicia**. Madrid, España: Editorial Eudeba, 1965.



TAPIA, Ricardo. **Los derechos de identidad personal y al libre desarrollo.** México:

Editorial Fontamara, 2014.

TARELLO, Giovanni. **Cultura jurídica y política del derecho.** Madrid, España:

Editorial Comares, 1988.

TRIMARCHI, Pietro. **Enciclopedia del derecho.** Madrid, España: Editorial Trotta,

1998.

TRUYOL Y SERRA, Antonio. **Los derechos humanos.** Madrid, España: Editorial

Tecnos, 2000.

VÁSQUEZ, Rodolfo. **Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria.** México:

UNAM, 2015.

VILLORO, Luis. **Los derechos de la personalidad.** México: Ediciones Coyoacán,

2011.

VIOLA, Francesco. **Pluralismo y tolerancia.** México: Editorial Porrúa, 2018.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil.** Madrid, España: Editorial Trotta, 1999.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. **El derecho a la intimidad.** Buenos Aires, Argentina:

Editorial Abeledo Perrot, 2002.

ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. **Honor y reputación en el sistema de los derechos**

humanos. México: Editorial Flores, 2015.

ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. **Nueva jurisprudencia comentada.** Perú: Ediciones

del Valle, 2001.

Jurisprudencia:

CORTE IDH. **Caso Kimel vs Argentina. Supra Nota 9.** Párrafo 78.



CORTE IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001.

Serie C, No. 73.

CORTE IDH. Caso Claude Reyes y otros. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C, No. 151.

CORTE IDH. Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C, No. 238.

CORTE IDH. Caso Gomes Lund otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C, No. 219.

CORTE IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, No. 107.

CORTE IDH. Caso Ivcher Brostein vs. Perú. Reparaciones y costas. Sentencia del 6 de febrero de 2001. Serie C, No. 74.

CORTE IDH. Caso Kimel vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C, No. 177.

CORTE IDH. Caso López Álvarez vs. Honduras. Supra nota 16.

CORTE IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, Sentencia de fecha 26 de mayo de 2010.

CORTE IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia.

CORTE IDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, No. 135.



CORTE IDH. Caso Perozo y otros vs. Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C,

No. 195.

CORTE IDH. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C, No. 111.

CORTE IDH. Caso Ríos y otros vs. Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C, No. 194.

CORTE IDH. Caso Tristan Donoso vs Panamá. Sentencia de fecha 1 de septiembre de 2010.

CORTE IDH. Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Supra nota 1.

CORTE IDH. Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C, No. 193.

CORTE IDH. Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C, No. 207.

CORTE IDH. Herrera Ulloa vs. Costa Rica, supra nota 5.

CORTE IDH. Informe Anual. 1994.

CORTE IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A, No. 5.

CORTE IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos).