

# BUENAS PRÁCTICAS JUDICIALES EN AMÉRICA LATINA EN MATERIA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL CONTEXTO DEL OBJETIVO DE DESARROLLO SOSTENIBLE 16



**Johana Rocha Gómez**  
**Catalina Botero Marino**

The authors are responsible for the choice and presentation of views contained in this article and for opinions expressed therein which are not necessarily those of UNESCO and do not commit the Organization.



Organización  
de las Naciones Unidas  
para la Educación,  
la Ciencia y la Cultura



Cátedra UNESCO  
Libertad  
de Expresión

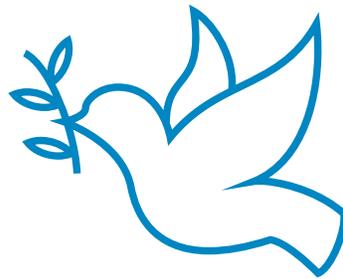


Cátedra UNESCO sobre Libertad de Expresión:  
"Promoviendo la paz y la justicia a través de  
la libertad de expresión en América Latina",  
Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia

# BUENAS PRÁCTICAS JUDICIALES EN AMÉRICA LATINA EN MATERIA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL CONTEXTO DEL OBJETIVO DE DESARROLLO SOSTENIBLE 16

Johana Rocha Gómez<sup>1</sup>

Catalina Botero Marino<sup>2</sup>



En las siguientes páginas presentaremos un análisis sobre las mejores prácticas judiciales empleadas en la región de América Latina y el Caribe para avanzar en la protección del derecho a la libertad de expresión, y su relación con la construcción de sociedades más justas, pacíficas, incluyentes y con instituciones democráticas más sólidas, en el marco del Objetivo de Desarrollo Sostenible No. 16.

Para ello introduciremos, en primer lugar, el ODS 16, sus metas – en particular aquellas relacionadas con la libertad de expresión – el balance de resultados que ofrece Naciones Unidas, y la contribución que hacen algunas iniciativas académicas al logro de ese objetivo (sección 1). Posteriormente presentaremos algunas de las mejores prácticas judiciales desarrolladas a nivel regional en la materia, durante los últimos cinco años (sección 2); y concluiremos con la formulación de algunas recomendaciones para funcionarios judiciales en lo relativo a la protección del derecho a la libertad de expresión y el logro del ODS 16 (sección 3).

---

1 Investigadora de la Cátedra Unesco sobre Libertad de Expresión de la Universidad de los Andes.

2 Directora de la Cátedra Unesco sobre Libertad de Expresión de la Universidad de los Andes.

# 16 PAZ, JUSTICIA E INSTITUCIONES SÓLIDAS



**"Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas"**

## 1. Introducción

### 1.1. Objetivo de Desarrollo Sostenible 16 y la Libertad de Expresión

A través de la Resolución 70/1 del 25 de septiembre de 2015, 193 Estados miembro de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) aprobaron la Agenda 2030, en la cual se identifican los retos más importantes para la humanidad, en una perspectiva de derechos, y se fijan los denominados Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Los ODS son el instrumento mediante el cual ese organismo

internacional espera mejorar las condiciones sociales, económicas y ambientales para el año 2030, y así construir un mundo más igualitario y habitable. En total son 17 Objetivos, integrados a su vez por 169 metas que permitirán examinar periódicamente el avance en cada uno de ellos. Se han inspirado en el concepto de desarrollo humano de Amartya Sen, razón por la cual se dirigen al logro de condiciones de desarrollo social, orientadas a contrarrestar las enormes brechas de desigualdad que existen en el mundo, así como a la fijar condiciones de mayor protección medio ambiental, al mismo tiempo que propenden por alternativas que permitan el crecimiento económico.

Dentro de los ODS se encuentra el No. 16, dedicado a “promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas en todos los niveles”<sup>3</sup>, lo que supone, entre otros asuntos, la dedicación de esfuerzos estatales que permitan construir soluciones pacíficas a los conflictos y que reduzcan la violencia, hagan justicia, combatan eficazmente la corrupción y garanticen en todo momento la participación inclusiva.

Dentro de este específico Objetivo la libertad para expresar opiniones, en público y en privado, debe estar garantizada, así como la participación en el proceso de adopción de decisiones que afectan la vida de los y las ciudadanas. El ODS 16 también exige que las leyes y las políticas sean aplicadas sin ningún tipo de discriminación y se alimente la confianza en que los sistemas de justicia y política funcionarán adecuadamente, a tal punto que cualquier tipo de controversias sociales podrán ser tramitadas a través de ellos.

3 Naciones Unidas. Presentación del Objetivo de Desarrollo Sostenible 16. Recuperada en: [https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/wp-content/uploads/sites/3/2017/01/Goal\\_16\\_Spanish.pdf](https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/wp-content/uploads/sites/3/2017/01/Goal_16_Spanish.pdf), el 05.03.2021.

De acuerdo a las relatorías especiales para la libertad de expresión de la ONU, la Organización de Estados Americanos (OEA), la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) los principales desafíos que enfrenta la libertad de expresión, y que pueden ser contrarrestados en el marco de implementación del ODS 16 son la discriminación en el disfrute del derecho a la libertad de expresión; la implementación de mecanismos ilegítimos de control gubernamental sobre los medios de comunicación; las agresiones contra periodistas y la impunidad de los crímenes contra ellos; la penalización de la difamación, así como la persecución a la libre expresión en internet; y, las limitaciones fundamentadas en la seguridad nacional, la lucha contra el terrorismo y el extremismo violento <sup>4</sup>.

Por ello existe un amplio consenso en reconocer que cuatro de las diez metas asociadas a este Objetivo son especialmente relevantes para avanzar en la garantía del derecho a la libertad de expresión, a saber, las metas 16.3, 16.5, 16.7 y 16.b. La primera dedicada al fortalecimiento del estado de derecho y la igualdad en el acceso a la justicia; la segunda, orientada a la reducción de la corrupción a través de una ciudadanía fuerte y participativa; la tercera, dirigida a garantizar la adopción de decisiones inclusivas, participativas y representativas en todos los sectores; y, la cuarta, enfocada en promover y aplicar leyes y políticas no discriminatorias <sup>5</sup>.

4 Chocarro, Silvia. Estándares Internacionales de Libertad de Expresión: Guía básica para operadores de justicia en América Latina. *National Endowment for Democracy*. Agosto de 2017. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37048.pdf>. Consultado en internet el 05.03.2021.

5 Recuperado de: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/>, el 05.03.2021.

6 Sobre el ODS 16 puede consultarse: <https://unstats.un.org/sdgs/report/2020/goal-16/>, enlace visitado por última vez el 05.03.2021. Y, el reporte global se encuentra disponible en: [https://unstats.un.org/sdgs/report/2020/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2020\\_Spanish.pdf](https://unstats.un.org/sdgs/report/2020/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2020_Spanish.pdf)

En el más reciente balance presentado por Naciones Unidas (UN) en 2020 <sup>6</sup>, sobre el estado en el que se encuentran las metas de implementación de cada uno de los ODS, este organismo internacional reportó que el conflicto, la inseguridad y las instituciones débiles son amenazas latentes para el desarrollo sostenible, en especial para el ODS 16, que se propone sociedades pacíficas, justas e incluyentes, lo que supone además la existencia de condiciones adversas al ejercicio de derechos, entre ellos la libertad de expresión.

En ese informe UN precisó que en 2019 el número de personas que huyeron de la guerra, la persecución y los conflictos superó los 79,5 millones, el nivel más alto registrado desde que inició la recolección de esas estadísticas. Señaló también que en todas las regiones las personas que defienden los derechos humanos y las libertades fundamentales son objeto de ataques violentos. Entre 2015 y 2019 Naciones Unidas registró al menos 1.940 asesinatos y 106 desapariciones forzadas de defensores de derechos humanos, periodistas y sindicalistas en 81 países del mundo; más de la mitad de esos asesinatos se produjeron en América Latina y el Caribe. Aunque la cifra de 2019 constituye el menor número de asesinatos de periodistas por año en más de una década, los periodistas sufren cada vez más agresiones verbales, físicas y virtuales en relación con su trabajo. Las mujeres periodistas, en particular, son objeto de acoso digital. Y, se ha registrado un marcado aumento de la retórica

hostil contra los medios de comunicación y los periodistas<sup>7</sup>.

En ese contexto, identificar las buenas prácticas judiciales en materia de libertad de expresión, es sin duda una contribución que le permitirá a las instituciones y a la ciudadanía aproximarse a la meta de fortalecer el estado de derecho, los sistemas jurídicos y políticos, la cultura de paz y democracia, el diálogo, el intercambio y la participación para el reconocimiento de las diversidades; y con ello a la construcción de sociedades más justas, pacíficas e incluyentes.

## 1.2. El Banco de Jurisprudencia del *Global Freedom of Expression*: una iniciativa académica que contribuye a la difusión de los mejores estándares en Libertad de Expresión

*Global Freedom of Expression* (GFE) es una iniciativa de la Universidad de Columbia creada en 2014, con el propósito de avanzar en la comprensión de las normas y la jurisprudencia nacional e internacional, sobre el derecho a la libertad de expresión y el acceso a la información.

Cuenta con un Banco de Jurisprudencia, que garantiza el acceso gratuito para todo tipo de público, a más de 1.000 decisiones judiciales sobre la libertad de expresión y el acceso a la información proferidas por tribunales de todas las regiones del mundo. Este portal enfoca su análisis en la manera en que la cortes usan los estándares internacionales y en la forma cómo dialogan las jurisdicciones domésticas entre sí. El proyecto destaca el rol

fundamental que desempeña el sector judicial en la defensa y garantía del derecho a la libertad de expresión.

Gracias a una alianza con la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura – UNESCO, *Global Freedom of Expression* desarrolló una versión en español del Banco de Jurisprudencia<sup>8</sup>, en el cual se alojan las decisiones más importantes de 16 países de América Latina y el Caribe, producidas a lo largo de los últimos 15 años por las más altas cortes de la región, o por tribunales intermedios y/o jueces de base, que por su relevancia merecieron su incorporación en esta base de datos. A manera de ilustración, dentro de los temas más recurrentes se encuentran, “difamación / injuria / reputación”, “regulación de contenido / censura”, “discursos especialmente protegidos”, “restricciones a la libertad de expresión”, “transparencia”, “violencia contra la libertad de expresión / impunidad”, entre otros. En el marco de esa alianza, la Universidad de los Andes ha nutrido esa base de datos desde la ***Catedra UNESCO sobre Libertad de Expresión: promoviendo la paz y la justicia a través de la libertad de expresión en América Latina.***

Hoy, el Banco de Jurisprudencia en español cuenta con más de 400 decisiones judiciales emblemáticas de toda la región. Dentro de él destacan los países señalados en la Gráfica No. 1 como los principales lugares donde se han originado sentencias merecedoras de difusión y análisis. Sobresalen en ese listado Colombia, Argentina, México, Costa Rica y Chile, sin que ello signifique que son los únicos, pues como lo indicamos antes, esta base de datos contiene información de más de 16 países de América Latina y el Caribe.

7 Cfr. <https://unstats.un.org/sdgs/report/2020/goal-16/>.

8 Disponible en: <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/espanol/?lang=es>.

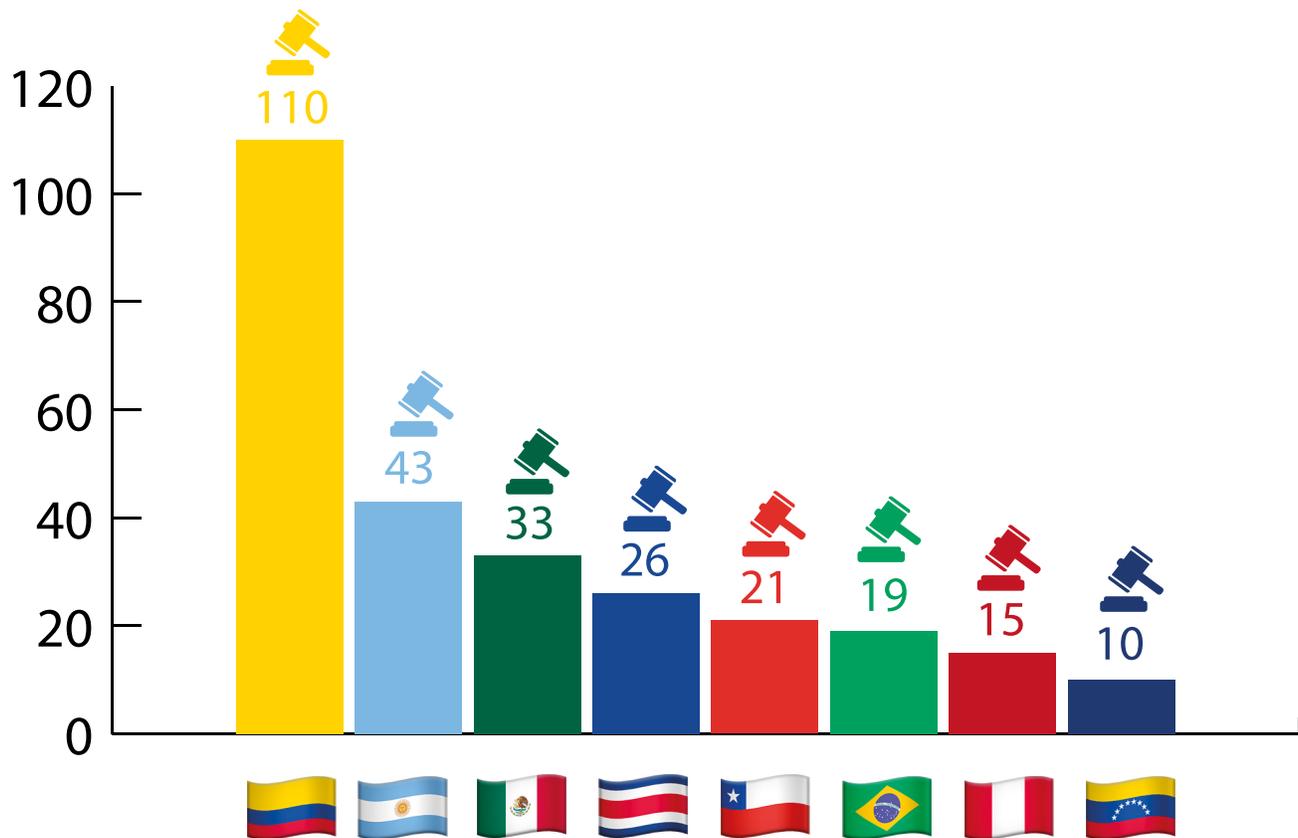
Ahora bien, respecto a las decisiones producidas en los últimos 5 años, muestreo del cual seleccionamos las decisiones que dieron lugar a este artículo sobre de buenas prácticas, el *Global Freedom of Expression* sistematizó e incorporó en su Banco de Jurisprudencia alrededor de 100 decisiones, como puede observarse en la Gráfica No. 2.

Así mismo, en esa base de datos podrá consultar las decisiones que le interesen de acuerdo al tema que sea objeto de su búsqueda. Dentro de los temas más recurrentes se encuentran los casos por difamación o injuria, los relativos al derecho de acceso a la información pública y las causas donde se debate la protección y retención de datos, como lo revela la Gráfica No. 3. Insistimos aquí también que el listado de temas predominantes no es exhaustivo, sino sólo representativo; en el Banco de Jurisprudencia podrán encontrar más de 18 temas en los que se agrupan las más de 400 sentencias sistematizadas.

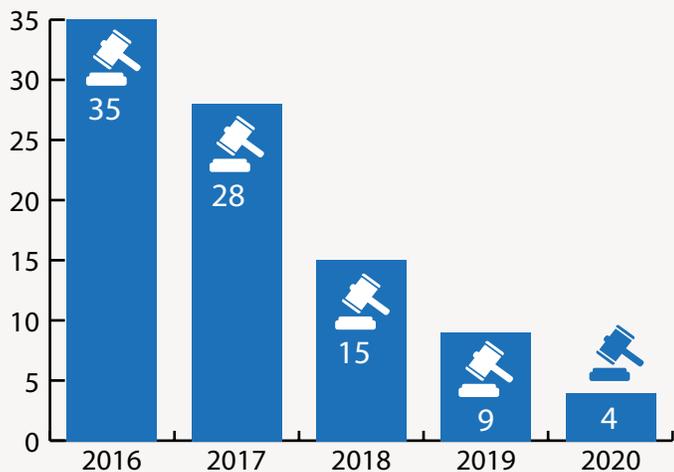
De ese modo, el Banco de Jurisprudencia de la iniciativa *Global Freedom of Expression* ofrece un universo de información diversa, debidamente

procesada y analizada, sobre los principales debates existentes en torno a la libertad de expresión y los mejores estándares de protección logrados en la región. Al ser una base de datos de fácil acceso, puede ser consultada no sólo por litigantes, funcionarios judiciales y organizaciones de la sociedad civil, sino también por periodistas, académicos, autoridades y público en general. Su principal propósito es lograr la mayor divulgación posible sobre esas decisiones judiciales, para promover la implementación de los mejores estándares en todo tipo de escenarios.

A continuación, examinaremos algunas de las más sobresalientes ‘buenas prácticas’ desarrolladas a nivel regional en materia de libertad de expresión (sección 2), cuyos análisis se encuentran disponibles en el Banco de Jurisprudencia en Español del *Global Freedom of Expression*; y formularemos un conjunto de recomendaciones para funcionarios judiciales dirigidas a lograr una mayor protección de ese derecho y a contribuir así al logro del ODS 16 (sección 3).



Gráfica No. 1. Elaboración propia con base en los datos del GFE.



Gráfica No. 2. Elaboración propia con base en los datos del GFE.



Gráfica No. 3. Elaboración propia con base en los datos del GFE.



## 2. Buenas prácticas judiciales en materia de Libertad de Expresión a nivel regional

El Poder Judicial ha desempeñado un importante rol en la protección del derecho a la libertad de expresión, particularmente en la definición e innovación de estándares que, inspirados en el principio pro persona, han promovido climas más favorables para su pleno y libre ejercicio. Por supuesto ese rol también ha sido crucial en la experiencia judicial cuando lejos de servir al avance en la protección de la libertad de expresión, se ha desempeñado para retrotraer los alcances más favorables y ha desencadenado en sentencias restrictivas que contraen la interpretación del derecho y bloquean su ejercicio. Ello ameritaría también sendos análisis de cara a identificar los argumentos para controvertir el sentido de esas decisiones y las estrategias para contrarrestar los efectos que han tenido en los sistemas sociales, jurídicos y políticos.

Sin embargo, en esta oportunidad nos concentraremos en destacar aquellos razonamientos judiciales que han contribuido a una mejor y mayor

protección de la libertad de expresión en América Latina y el Caribe, adecuando las interpretaciones internas a los estándares internacionales existentes e impactando no sólo en las jurisdicciones domésticas donde se han producido sino también en países y cortes hermanas. Son ese tipo de pronunciamientos los que aquí denominaremos ‘buenas prácticas’.

Previo a iniciar nuestros análisis, conviene destacar los contenidos de la libertad de expresión sobre los que parece existir consenso regional en términos convencionales y constitucionales. En primer lugar se encuentra la **libertad de expresión *stricto sensu***, la cual consiste en la libertad de expresar y difundir el propio pensamiento, opiniones, informaciones e ideas, sin limitación de fronteras y a través de cualquier medio de expresión (oral, escrito, impreso, artístico, simbólico, electrónico u otro de elección de quien se expresa), y el derecho a no ser molestado por ellas. En segundo lugar, la **libertad de información**, que supone la libertad de buscar y acceder a la información, la libertad de informar y la libertad y derecho de recibir información veraz e imparcial sobre hechos, ideas y opiniones de toda índole a través de cualquier medio de expresión. En tercer lugar, la **libertad de prensa**, que comprende la libertad de fundar medios masivos de comunicación y de administrarlos sin injerencias, y la libertad de funcionamiento de los mismos, con la consiguiente responsabilidad social. En cuarto lugar, el **derecho a la rectificación** en condiciones de equidad. En quinto lugar, la **prohibición de censura**. Y, algunas jurisdicciones han sumado a ese contenido la identificación de **los discursos no amparados constitucionalmente** (cuales son la pornografía infantil, la instigación pública y directa al genocidio, la propaganda de la guerra y la apología del odio, la violencia y el delito) por el tipo de bienes jurídicos contra los que atentan.

Para los propósitos de este documento nos concentraremos en las dimensiones de la libertad de expresión en stricto sensu, la libertad de prensa, el derecho a la rectificación y la prohibición de censura.

Hemos seleccionado para ello nueve líneas temáticas y múltiples casos para establecer algunos de los razonamientos judiciales más favorables a la libertad de expresión, adoptados por cortes y tribunales de la región en los últimos cinco años, los cuales se erigen a su vez, en oportunidades ineludibles para contribuir al logro de las metas del ODS 16. Así, analizaremos las posiciones judiciales adoptadas en lo relativo a: (i) la libertad de expresión en las redes sociales; (ii) la protección a la libertad de expresión como un control a la arbitrariedad y al abuso de poder; (iii) el empleo del enfoque diferencial basado en género en la definición del alcance de este derecho; (iv) algunas buenas prácticas para garantizar la libertad de prensa; (v) los deberes estatales en cuanto a la diversificación de medios de comunicación; (vi) la prohibición de censura previa; (vii) el abordaje judicial a la violencia contra periodistas y la impunidad; (viii) la relación entre la libertad de expresión y los procesos electorales; y (ix) la protesta social. En cada análisis, indicaremos qué tipo de juez profirió la decisión, cuál era el problema jurídico central y por qué se trata de una buena práctica judicial.

Confiamos que estas prácticas seleccionadas permitirán revelar, actualizar y precisar el contenido y alcance más favorable del derecho a la libertad de expresión en las distintas jurisdicciones; servirán de referencia a la hora de decidir nuevos casos; y, ayudarán a promover la aplicación de los más altos estándares en los distintos países de la región.



### ***(i) Libertad de expresión en las redes sociales***

Ante la explosión digital de los últimos años, la masificación de las redes sociales ha multiplicado a su vez las tribunas para que las personas expresen y difundan sus opiniones. Algunas de las cuales son inofensivas o son recibidas con indiferencia, pero otras son críticas y resultan incómodas – en ocasiones – perturbadoras. Este último tipo de expresiones en internet ha dado lugar a que operadores judiciales de toda la región se enfrenten al interrogante de si ellas merecen o no la protección derivada del derecho a la libertad de expresión, y si pueden ser o no sujetas a medidas sancionatorias. Colombia y República Dominicana nos ofrecen reflexiones muy interesantes sobre este asunto.

La Corte Constitucional colombiana dedicó en 2019 varios fallos a la discusión sobre si los mensajes críticos, ofensivos, insultantes e incluso los señalamientos incómodos hechos en redes sociales gozan de protección constitucional bajo el derecho a la libertad de expresión, o si por el contrario esas manifestaciones deben ceder frente a la protección de los derechos al buen nombre, a la honra y a la intimidad.

Fueron diversas las causas judiciales que conoció la Corte colombiana y que le permitieron fijar su posición ese año. Desde el caso de una mujer que

interpuso una acción de amparo contra los autores de unas publicaciones en Facebook, donde la señalaban de ser responsable de unos “pasquines” repartidos en el municipio que habitaba, y en los cuales se contenían presuntas afirmaciones deshonrosas sobre algunos de sus residentes <sup>9</sup>; pasando por una acción de tutela incoada por un funcionario público contra una persona particular que lo había señalado de ser parte de un “cartel de corrupción” y de afectar con sus acciones a la ciudadanía <sup>10</sup>; así como la de un ministro religioso que quiso judicializar las críticas hechas por el padre de una de sus feligresas a través de Facebook y de volantes impresos, donde le señalaba de ser “estafador, adoctrinador y mentiroso” <sup>11</sup>; hasta llegar a una sentencia de unificación donde la Corte acumuló otros cuatro casos de insultos en internet, en los que los accionantes además de exigir la protección de sus derechos al buen nombre, a la honra y a la intimidad, exigieron se declarara la responsabilidad de las plataformas de internet y las redes sociales que sirvieron de tribuna a esos insultos <sup>12</sup>.

En todas esas ocasiones la Corte Constitucional colombiana falló a favor de la libertad de expresión y aclaró que bajo ella se protegen no sólo las opiniones y las manifestaciones que puedan ser de buen recibo, sino – y especialmente – aquellas que resultan incómodas, hirientes y chocantes. En esos fallos la Corte planteó un avance significativo en dos aspectos sustanciales. Primero, que los insultos y las descalificaciones hechas a través de internet (sean plataformas, blogs, redes sociales) no tienen entidad o relevancia suficiente como para justificar la intervención del juez constitucional, excepto cuando

se trate de actos reiterados que lleguen a configurar el hostigamiento o el acoso. Segundo, que el mejor estándar para garantizar la libre expresión es situar cualquier análisis de la responsabilidad, por regla general, en los creadores de los contenidos cuestionados, no así en los intermediarios ni en las plataformas de internet, para evitar con ello censuras y bloqueos previos en la difusión de informaciones dentro del mundo digital.

Adicionalmente, la Corte colombiana aprovechó la oportunidad que ofrecieron estos casos para introducir otros tres elementos de análisis, útiles para esclarecer los caminos por los que puede optar el operador judicial cuando se debata entre la protección de expresiones controversiales y otros bienes jurídicos también amparados legalmente, así:

El primero. La existencia de cuatro **presunciones constitucionales** a favor de la libertad de expresión que conducen a una protección prevalente de ese derecho sobre otros también protegidos en el ordenamiento jurídico: la presunción de protección constitucional; la presunción de primacía de la libertad de expresión frente a otros derechos, valores y principios constitucionales en caso de conflictos; la sospecha de inconstitucionalidad de las limitaciones, junto al deber de aplicación de un control de constitucionalidad estricto, para verificar si una restricción se ajusta o no al ordenamiento jurídico superior; y, la prohibición de la censura en tanto presunción imbatible, que permite señalar que los controles a los contenidos de las expresiones son una modalidad de censura.

9 Corte Constitucional. Colombia. Sentencia de 8 de marzo de 2019. T-102-19.

10 Corte Constitucional. Colombia. Sentencia de 4 de abril de 2019. T-155-19.

11 Corte Constitucional. Colombia. Sentencia de 7 de mayo de 2019. T-179-19.

12 Corte Constitucional. Colombia. Sentencia de 12 de septiembre de 2019. SU-420-19.

El segundo. El **test de análisis de contexto** para examinar el tipo de tensiones que puedan existir entre el derecho a la libertad de expresión y otros derechos, y encontrar alternativas sobre cómo resolver cada caso concreto. Para ello se deberá establecer quién comunica; de qué o de quién se comunica; a quién se comunica; cómo se comunica; y por qué medio se comunica.

El tercero. La existencia de tres tipos de **discurso especialmente protegidos**, por virtud de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y debido a importancia que tienen para el logro de una mayor y mejor democracia, a saber: el discurso sobre funcionarios públicos, en ejercicio de sus funciones y sobre candidatos a ocupar cargos públicos; los discursos que expresan elementos esenciales de la identidad o dignidad personales; y el discurso sobre asuntos políticos o de interés público, dentro del cual caben las manifestaciones sobre el funcionamiento de cualquier aspecto de la vida en sociedad, incluidas figuras sociales, religiosas o semejantes.

Esa triada le permitió a la Corte Constitucional colombiana unificar su jurisprudencia en materia de “insultos en internet” y privilegiar la protección de la libertad de expresión como la medida más sana para el fortalecimiento de la democracia.

Por su parte el Tribunal Constitucional de República Dominicana conoció de un caso, en el que una profesional, graduada con honores de la Universidad Tecnológica de Santiago (UTESA), fue sancionada disciplinariamente por esa institución con la revocatoria de su título *cum laude*, tras haber expresado en Facebook sus opiniones críticas a las nuevas prácticas de ingreso y matrícula implementadas por la universidad <sup>13</sup>. En esta oportunidad, el Tribunal dominicano examinó si ¿los

comentarios expresados a través de una red social como Facebook pueden ser disciplinables por la institución contra la cual se dirigen, valiéndose de su poder sancionador sobre la persona que los emitió?

A juicio del Tribunal, no puede reconocerse una facultad sancionatoria en abstracto a favor de quien haya sido objeto de comentarios críticos expresados en una red social, toda vez que ello puede desencadenar en obstáculos para el libre ejercicio de la expresión. Cualquier responsabilidad ulterior que pudiese derivarse de esos comentarios, podrá ser examinada por una autoridad independiente e imparcial, mas no por la misma institución que se considera agraviada.

En el caso concreto concluyó que la actuación de la accionante no comportó un uso abusivo, desproporcionado, ofensivo ni desmedido de su libertad de expresión, mientras que la sanción impuesta por la UTESA sí resultó violatoria de ese derecho. Con esta decisión el Tribunal Constitucional señaló la importancia de establecer límites a las personas naturales o jurídicas que ostentan un poder sancionatorio para evitar que éste sea ejercido contra de quienes emiten opiniones críticas, y de garantizar la independencia e imparcialidad al momento de examinar las responsabilidades ulteriores que pudiesen derivarse de esas expresiones.



## ***(ii) La protección a la libertad de expresión como un control a la arbitrariedad y al abuso de poder***

En la región latinoamericana y del Caribe cada vez más son los jueces conscientes de las importantes contribuciones que hace la libertad de expresión al sostenimiento de las democracias, y cómo un ejercicio pleno de ese derecho favorece el empoderamiento de las ciudadanías y de su capacidad para controlar y reprimir la arbitrariedad y el abuso del poder.

Una decisión que refleja ese significativo avance en el quehacer judicial es la sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones de la Provincia de Río Branco, Uruguay, dentro de la causa penal iniciada por el Sr. Horacio García, funcionario de Aduanas, contra un ciudadano que expresó, en un medio radial de amplia difusión, su opinión crítica sobre la manera en que el funcionario había conducido algunos procedimientos a su cargo <sup>14</sup>. En esa oportunidad el Tribunal consideró que las expresiones cuestionadas no eran constitutivas de delito alguno, que ellas eran una materialización de la libertad de expresión, y que sus contenidos críticos no excedieron los límites legales permitidos, pues cuando se trata de funcionarios públicos su comportamiento está expuesto a un mayor

escrutinio por parte de la ciudadanía, y por ende se espera mayor tolerancia frente a las críticas que haga la opinión pública.

El Tribunal examinó si es legítimo restringir la libertad de expresión cuando quiera que se trate de manifestaciones consideradas críticas, desobligantes e incluso groseras. Para el Tribunal, no es legítimo proceder en favor de tal restricción. Con apoyo en jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal sostuvo que las limitaciones a ese derecho sólo pueden ser legítimas cuando superan el “Test de las Cuatro Condiciones”, a saber: primero, que se encuentre expresamente contenida en la ley; segundo, que con su limitación se pretenda el logro de un fin protegido por la Convención Americana, como puede ser la defensa de otros derechos o la protección de la seguridad nacional, del orden público o de la moral pública; tercero, que sea necesaria e idónea para el logro de ese fin, de manera que no exista otra medida menos lesiva para alcanzar plenamente ese objetivo; y, cuarto, que sea proporcional en sentido estricto, es decir que se restrinja la libertad sólo en cuanto se alcance el fin protegido.

Así, en el caso concreto, el Tribunal no estimó que se cumplieran siquiera los dos primeros criterios del análisis, por cuanto no existe en Uruguay ley que prohíba expresamente las manifestaciones críticas contra ciudadanos o funcionarios públicos; ni las opiniones desobligantes o que pudiesen ser consideradas groseras están proscritas en el derecho interno de ese país. Señaló que el delito de difamación no se configuró por parte del ciudadano denunciado, toda vez que sus manifestaciones no fueron expuestas con el ánimo de “real malicia”, elemento esencial para la verificación de esa conducta según la legislación doméstica; sino, que estuvieron inspiradas en el genuino interés

<sup>14</sup> Tribunal de Apelaciones de Río Branco. Uruguay. Sentencia de marzo 13 de 2018. No. IUE 411-484/2016.

ciudadano de ejercer veeduría a la función pública, en la posibilidad que además tenía como locutor radial de expresar opiniones y, por la indignación que le generaron los hechos en los que se vio envuelto el funcionario aduanero, cosa que estimó era de interés público.

En esta ocasión el Tribunal no sólo hizo una importante reflexión sobre el uso residual del derecho penal, sino que al someter el empleo de esa jurisdicción al “test de las cuatro condiciones” abrió un camino inédito para abandonar paulatinamente la disuasión penal como una herramienta de coerción a la libertad de expresión. Conviene señalar que este fallo es producto del impacto que ha tenido el proceso de formación a funcionarios judiciales apoyado por UNESCO, según lo refiere el mismo Tribunal en sus citas y menciones.



### ***(iii) El empleo del enfoque diferencial en razón del género en la definición del alcance del derecho a la libertad de expresión***

El Poder Judicial en la región también ha ofrecido interesantes razonamientos cuando se trata de definir el alcance y la interpretación más adecuada del derecho a la libertad de expresión en contextos en los que ella se enfrenta a estereotipos y prácticas

discriminatorias y violentas en razón del género.

Al respecto conviene destacar dos decisiones muy interesantes. La primera, adoptada por la Corte de Justicia del Caribe, en Guyana, a propósito de la denominada “Ley de los Atuendos de Propósitos Impropios”<sup>15</sup> y la segunda, adoptada por la Corte Constitucional colombiana en la sentencia T-365-2019<sup>16</sup>.

En el caso guyanés, 4 hombres fueron detenidos por estar vestidos con atuendos considerados femeninos en un lugar público, y posteriormente condenados al pago de cuantiosas multas por el delito de “travestismo en lugares públicos con propósito indebido”. Producto de esas condenas, los cuatro implicados en asocio con organizaciones no gubernamentales demandaron la sección 153 de la Ley de Jurisdicción Sumaria (*Summary Jurisdiction (Offences) Act*) que contenía la prohibición de vestir atuendos con un propósito considerado ‘impropio’ en lugares públicos. La Corte de Justicia del Caribe (*Caribbean Court of Justice*) declaró inconstitucional la sección demandada al considerarla particularmente discriminatoria en contra de la población LGTBIQ; al estimar que su contenido favorece la arbitrariedad, pues no especifica qué ha de entenderse por el “propósito impropio o indebido” como elemento configurador de un delito y al encontrar que su aplicación coarta la libertad de expresión, específicamente la expresión de género que cada persona desee transmitir.

La Corte hizo énfasis en que las leyes de ese tipo son una amenaza contra las personas de la comunidad LGTBIQ, pues incrementan los riesgos de rechazo, señalamiento, agresión e incluso criminalización contra quienes opten por expresar en público su género por fuera de los parámetros

15 Caribbean Court of Justice. Guyana. Sentencia de 13 de noviembre de 2018. CCJ 30 (AJ)/2018.

16 Corte Constitucional. Colombia. Sentencia T-361/19 de 12 de agosto de 2019.

convencionales o socialmente aceptados hasta ese momento. Explicó que ese riesgo es inaceptable constitucionalmente pues alimenta la posibilidad de sufrir acoso, delitos de odio y otras formas de violencia, en razón a la libre expresión del género.

Por su parte la Corte Constitucional colombiana, en la sentencia T-361-19, analizó una acción de tutela interpuesta por un hombre contra una mujer que hizo público su rechazo a él en su cuenta de Facebook, empleando – entre otras – afirmaciones que podrían considerarse chocantes, displicentes y ofensivas, razón por la cual el actor solicitó la protección de sus derechos fundamentales al buen nombre, la honra, la imagen y la intimidad. Los jueces que conocieron de ese recurso de amparo en primera y segunda instancia concedieron la protección al accionante y ordenaron a la mujer abstenerse de hacer nuevas publicaciones semejantes y retractarse de las que ya había difundido. Sin embargo, la Corte Constitucional revocó esos fallos, negó la tutela y declaró que la publicación hecha por la mujer estaba amparada por la Constitución Política de Colombia, a través de la libertad de opinión, bajo una protección reforzada en razón del tipo de discurso y del género de la accionada.

En esta ocasión la Corte colombiana prestó especial atención a las discriminaciones estructurales que padecen las mujeres por su género y a la respuesta creciente del movimiento social para evidenciar las múltiples manifestaciones de violencia en su contra, para reivindicar la libertad e igualdad y para repudiar, en todo tipo de escenarios, la discriminación por razón del género, incluida la red. La Corte reconoció que en el contexto actual las redes sociales son un foro vital no solo para superar las barreras derivadas de las múltiples violencias basadas en género, sino también para fortalecer

la comprensión y el respeto por la autonomía de las mujeres. Así, sostuvo que “las mujeres ejercen su derecho a la libertad de expresión y opinión, y sus contenidos gozan de protección constitucional reforzada, cuando rechazan o denuncian actos sexistas en su contra, más si sufren hechos de acoso tanto en las redes sociales como en el mundo no digital; en otras palabras, el derecho a decir ‘¡NO!’ está constitucionalmente protegido por la libertad de expresión y opinión”<sup>17</sup>.

Ahora, con ocasión de las órdenes dadas por los jueces de instancia, la Corte fue enfática en señalar que las medidas de abstención y de retractación impartidas contra la accionada fueron una intromisión ilegítima en su libertad de opinión. Particularmente calificó la orden de abstención como una medida de censura previa judicial, y la de retractación como una manifestación más del machismo en la justicia, que encarna el deber estereotipado de agrado de las mujeres hacia los hombres.



#### ***(iv) Buenas prácticas para garantizar la libertad de prensa***

El Poder Judicial también ha emitido un conjunto de decisiones que han garantizado una mayor protección a la libertad de prensa. A continuación destacaremos cinco decisiones adoptadas por tribunales de Costa Rica, Uruguay, Ecuador, República Dominicana y Brasil que enfocan sus

análisis sobre quiénes son considerados periodistas, y con ello merecedores de la protección especial que se deriva de esa condición; sobre las tensiones que puedan existir entre la libertad de prensa y el derecho de rectificación o respuesta; y, sobre el empleo del derecho penal para restringir la labor de los comunicadores.

En lo relativo a la condición de periodistas, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia resolvió un recurso de amparo interpuesto contra el Colegio de Periodistas <sup>18</sup> en el que analizó si ¿sólo los periodistas titulados pueden ejercer el “periodismo profesional”?, y ¿si alguien que no cuente con las acreditaciones académicas, puede quedar sujeto a investigaciones por ejercer ese tipo de periodismo?

Para la Sala Constitucional no existe la menor duda que no sólo los y las periodistas tituladas pueden ejercer el periodismo profesional, sino toda persona que se dedique habitual o regularmente a informar. De ese modo, reivindicó al periodismo como la manifestación primaria de la libertad de expresión, el cual no puede restringirse sólo al selecto grupo de la sociedad que acredite calificación universitaria y se encuentre inscrito en una asociación de profesionales, en este caso en una colegiatura de periodistas.

Esa comprensión amplia del y la periodista profesional está amparada, según sostuvo la Corte costarricense, en el artículo 28 de la Constitución Política de Costa Rica, en el artículo 13 de la

Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en las interpretaciones que ya ha proporcionado la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el ejercicio del periodismo <sup>19</sup>, de manera que condicionar ese reconocimiento, y el ejercicio mismo de la labor, a la titulación y/o colegiación constituye una restricción ilegítima de la libertad de expresión. Finalmente, destacó que esa misma tradición ha sido sostenida por las jurisdicciones constitucionales de Colombia, Perú, México, España y Estados Unidos.

Ahora bien, en lo que respecta a las posibles tensiones que puedan generarse entre el ejercicio de la libertad de prensa y el derecho de rectificación o respuesta, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal, examinó si los medios de comunicación Radio Uruguay, Montevideo Portal y República Web habían incurrido en algún tipo de abuso en el ejercicio de su libertad de expresión, al publicar una carta escrita por ciudadanos uruguayos que habían sido privados de su libertad en 1979, en la que se comprometía la responsabilidad de un conocido asesor político, quien exigió sendas rectificaciones por parte de los medios, sin que ninguno de ellos accediera a hacerlas <sup>20</sup>. En esta ocasión el Tribunal no encontró demostrado agravio alguno y falló a favor de la libertad de prensa.

Para ello recordó que la libertad de expresión, y dentro de ésta la libertad de prensa, es un derecho esencial para la realización de todo ser humano, fundamental para la democracia, imprescindible para el disfrute de otros derechos y cuyo ejercicio no puede restringirse a determinados contenidos. Del

18 Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional. Costa Rica. Sentencia de 9 de agosto de 2019. Resolución No. 15038/2019.

19 Así, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica recordó que la Corte Interamericana definió al periodista profesional como la “persona que ha decidido ejercer la libertad de expresión de modo continuo, estable y remunerado”, en: Corte IDH. La colegiación obligatoria de periodistas (arts.13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5. Párr. 74.

20 Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Cuarto Turno. Uruguay. Sentencia de 4 de noviembre de 2019. No. 335/2019.

mismo modo precisó que el derecho de respuesta o rectificación faculta a toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes, presentadas al público por cualquier medio de difusión, a exigir la publicación de aclaraciones o correcciones por el mismo medio y en forma análoga con el objeto de que se subsane cualquier perjuicio a sus intereses.

Así, indicó que cuando uno y otro derecho entran en tensión, particularmente por razones de exactitud o veracidad, deben considerarse varios factores que permitan su ponderación. Primero, que tratándose de funcionarios, exfuncionarios o figuras públicas, la exposición al escrutinio es mayor y en consecuencia debería serlo también la tolerancia a la crítica. Segundo, el principio de “reportaje neutral” o “reportaje fiel”, en virtud del cual quien transmita una noticia y se limite a reproducir declaraciones o informaciones de terceros, citando siempre la fuente, no estará sometido a pruebas de veracidad. Y tercero, relativo al test de la “Triple Condición”<sup>21</sup> (legalidad, legitimidad y necesidad-proporcionalidad) para entrar a examinar si procede o no una limitación contra la libertad de expresión / libertad de prensa.

En este caso concreto, el Tribunal optó por hacer prevalecer la libertad de prensa de Radio Uruguay, Montevideo Portal y República Web, toda vez que las noticias transmitidas habían sido relativas a un exfuncionario público en asuntos de trascendencia nacional, de quien se espera tolerancia a la crítica; atribuidas fielmente a una fuente, esto es a las personas detenidas que elaboraron la carta publicada; y cuyo manejo y difusión no se encontraba restringido legítimamente de manera alguna.

En materia de rectificación debemos resaltar también un fallo de la Corte Constitucional ecuatoriana que analizó si el Estado, como institución, es o no titular de los derechos a la honra y a la dignidad frente a los ciudadanos, y si puede exigir la rectificación de particulares e incluso de periodistas<sup>22</sup>. Lo anterior, a propósito de una solicitud de retracto que elevó la Subsecretaría Nacional de la Administración Pública al diario La Hora por no haber publicado la totalidad de una información sobre gastos del gobierno en campañas publicitarias. Para la Corte, el Estado como institución no puede ser titular de derecho al honor, ni a la dignidad, tanto menos de la rectificación. Por el contrario, es el organismo encargado de respetarlos y garantizarlos. Por ese motivo, el Estado y sus instituciones sólo pueden presentar acciones de protección cuando pretendan tutelar los derechos de personas, comunidades, pueblos, nacionalidades o la naturaleza, mas no cuando se propone litigar en causa propia. Concluyó calificando de improcedente la acción presentada.

Sin embargo, en gracia de discusión, ese Alto Tribunal se permitió fijar unos parámetros de análisis sobre el empleo inadecuado de la retractación. Para ello destacó la singular posición en que se encuentra el Estado respecto a otros ciudadanos, que le permite difundir información de tipo oficial incluso por fuera de los medios de comunicación privada. Eso significa que aun cuando en el caso sometido a estudio se considerara procedente el derecho a la rectificación a favor del Estado, aquel sería la medida más lesiva para alcanzar el fin de plena difusión que perseguía la Subsecretaría Nacional de la Administración Pública, pues ésta no sólo contaba con otros canales de divulgación, sino que insistir en esa publicación por parte de La Hora

---

21 En otras latitudes se le denomina también el “test de las cuatro condiciones”, como lo referimos en otros apartados de este artículo.

22 Corte Constitucional. Ecuador. Sentencia de 4 de septiembre de 2019. No. 282-13-JP (2019).

sería forzarle a transmitir contenidos específicos, lo cual no es otra cosa sino censura.

Por otra parte, los tribunales dominicano y brasileño han dado pasos significativos en la reflexión sobre el empleo del derecho penal como un mecanismo de restricción a la labor de los periodistas. Así, el Tribunal Constitucional de República Dominicana declaró, en la sentencia TC-075-16<sup>23</sup>, la nulidad por inconstitucionalidad de los artículos 46, 47 y 48 de la Ley No. 6132, pues consideró que establecer sanciones penales a los directores o editores de medios de comunicación por conductas realizadas por sus subalternos (también conocida como “responsabilidad penal en cascada”), contraviene el principio constitucional de la “personalidad de la pena”. Del mismo modo, declaró la nulidad por inconstitucionalidad de los artículos 30, 31, 34 y 37 de la Ley sobre Expresión y Difusión del Pensamiento, al estimar que la previsión de sanciones penales más lesivas para el caso de posibles actos difamatorios o injuriosos (delitos de palabra) que comprometan a funcionarios públicos, frente a la eventual difamación que pueda hacerse a personas ordinarias, constituye una limitación al núcleo esencial de la libertad de expresión.

Pese a que esta decisión no representa un avance colosal en materia de libertad de expresión, pues aún sigue justificando el empleo de sanciones penales – que comprometen la libertad personal – por manifestaciones que puedan hacerse en ejercicio de la libre expresión, merece un reconocimiento dentro de las buenas prácticas judiciales, toda vez que retiró del ordenamiento jurídico dominicano la “responsabilidad penal en cascada” y eliminó las sanciones más lesivas a los delitos de palabra cuando ellos pudiesen afectar a funcionarios públicos, con

lo cual favorece un ejercicio periodístico más libre y una emisión de opiniones sin la distinción de los sujetos involucrados.

Igualmente Brasil ofrece un ejemplo interesante en el caso del periodista Helio Schwartsman<sup>24</sup>, quien publicó el 7 de julio de 2020 en el periódico *Folha de San Pablo* un artículo titulado “*Por que torço para que Bolsonaro morra*”, con ocasión de la confirmación del resultado positivo en la prueba COVID-19 que le fue practicada al presidente brasileño. Producto de esa publicación, el Ministerio de Justicia y Seguridad Pública solicitó a la Policía iniciar una investigación contra el periodista por los presuntos delitos contra el honor y la dignidad del Presidente de la República, en aplicación de la Ley de Seguridad Nacional. Como mecanismo preventivo, Schwartsman interpuso un recurso de *Habeas Corpus* con dos objetivos: el primero, lograr la suspensión de la investigación policiva; y, el segundo, la emisión de una orden de fondo que impida cualquier atentado contra su libertad personal y de prensa, con ocasión del artículo publicado. El 25 de agosto de 2020 el Tribunal Superior de Justicia, con sede en Brasilia, ordenó la suspensión de la investigación, bajo el entendido de que si bien el artículo podría ser objeto de críticas, en él no se contiene una lesión real o potencial a los bienes jurídicos protegidos por la Ley de Seguridad Nacional, ni a la honra o a la dignidad del presidente Bolsonaro.

En esta ocasión, el Tribunal brasileño debió considerar si ¿existía una causa justa para adelantar una investigación policial, que pudiera conducir a un eventual enjuiciamiento penal, como consecuencia de una publicación periodística contra el gobierno de turno, bajo la aplicación de la Ley de Seguridad

23 Tribunal Constitucional. República Dominicana. Sentencia de 4 de abril de 2016. TC-0075/16.

24 Tribunal Superior de Justicia. Brasil. Sentencia de 25 de agosto de 2020. HC No. 607921.

Nacional? Consideró que no existía. Así, señaló que el artículo cuestionado no atentó contra ninguno de los bienes jurídicos protegidos por ese cuerpo normativo, esto es la integridad territorial, la soberanía nacional, el régimen representativo y democrático, la federación o el estado de derecho, tampoco afectó la integridad corporal o la salud del presidente de la República, ni supuso una calumnia o difamación.

Esta es una decisión que retira del terreno de la sanción penal una manifestación típica de la libertad de prensa en sociedades democráticas, como es la crítica a funcionarios públicos de alta relevancia en el Estado. Conviene señalar que aún cuando el Tribunal no citó fuentes de tipo interamericano en su fallo, la *ratio decidendi* que inspiró esta sentencia se corresponde con los estándares desarrollados por ese sistema de protección regional.



### **(v) Deberes estatales frente a la diversificación de medios**

Los jueces también han sido fundamentales a la hora de garantizar la pluralidad y diversidad de medios comunicando. En un interesante caso de uso del espectro electromagnético, la Corte Suprema de Justicia chilena resolvió una demanda

interpuesta por la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile (CONADECUS) contra Telefónica, Claro y Entel <sup>25</sup>, por considerar que su participación en el concurso público, para otorgar concesiones del servicio de transmisión de datos en la banda de frecuencia 700, consolidaba un acaparamiento del espectro radioeléctrico y, en consecuencia, un acto de competencia desleal. La Corte acogió la reclamación de la demandante y declaró que las empresas accionadas habían incurrido en conducta anticompetitiva al participar en la licitación sin respetar el límite máximo permitido de asignación espectral previsto en la legislación vigente, equivalente a 60 MHz, ordenó a las empresas desprenderse de la cantidad de espectro que habían adquirido en exceso y exhortó al Estado a garantizar el acceso plural y equitativo a ese recurso.

En esta oportunidad la Corte chilena examinó si la concentración en el uso y acceso al espectro electromagnético, en las actuales condiciones de conectividad y en virtud de las “mejores capacidades” de los adjudicatarios, configuraba un escenario violatorio de la libertad de competencia, y de la libertad de expresión. La Corte consideró que favorecer la adjudicación del uso del espectro electromagnético a unos pocos actores, es una vulneración a la libertad de competencia, aún si aquellos son los que acreditan mejores condiciones para su empleo, e implica una afectación a la libertad de expresión. Por esa razón, reivindicó la necesidad e idoneidad de establecer límites en el uso de ese bien, que consideró de tipo natural y público a la vez que escaso.

Agregó, que sobre el espectro electromagnético (o radioeléctrico) no puede configurarse ninguna modalidad de derechos de propiedad, ni de

<sup>25</sup> Corte Suprema de Justicia. Chile. Sentencia de 25 de junio de 2018. Fallo No. 73.923-2018.

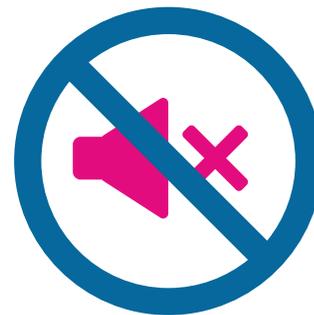
paulatina apropiación por parte de particulares, y mucho menos de monopolios, pues su uso es imprescindible para garantizar la conectividad, la libre circulación de las comunicaciones, la difusión de ideas por parte de una pluralidad de actores y el acceso a la información de diversas fuentes, todo lo cual favorece un clima más saludable para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. De esa manera concluyó que la existencia de un límite para acceder y usufructuar el espectro electromagnético contribuye a la libre competencia y el pluralismo en el uso de ese bien público, asociado a la difusión de ideas e informaciones, a la conectividad y a la comunicación.

Por su parte el Tribunal Constitucional de Perú estudió una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 30793 que regulaba el gasto en publicidad del Estado peruano, y prohibía a todas las entidades estatales del orden nacional, regional y local, incluidos los ministerios, emitir publicidad institucional o comercial en medios de comunicación privados <sup>26</sup>. Ese objeto le mereció la denominación de “Ley Mordaza”.

El Tribunal Constitucional peruano declaró que la prohibición expresa a las instituciones oficiales de contratar con medios privados, supone – entre otras – una violación del derecho de acceso a diversas fuentes de información y al principio de pluralidad que debe garantizarse a la ciudadanía para que ella pueda formarse una opinión independiente. Para llegar a esa conclusión, el Tribunal precisó que la publicidad estatal es “la información que las entidades públicas difunden con fondos y recursos públicos, destinada a divulgar la programación, el inicio o la consecución de sus actividades u obras

públicas, [con el objetivo de] posicionarlas frente a la ciudadanía” <sup>27</sup>. De manera que en virtud de la finalidad informativa de esa “publicidad oficial” es deber del Estado garantizar que exista una pluralidad de actores comunicando sobre ella.

Así ambas Corporaciones coincidieron en la importancia que tiene la pluralidad y diversidad de medios de comunicación en la formación de la opinión, y en últimas en el ejercicio de la libertad de expresión.



#### ***(vi) La prohibición de censura previa***

Los jueces también han sido fundamentales al momento de reafirmar la prohibición de censura previa en la región, y aclarar sus contenidos para evitar actuaciones estatales que supongan bloqueos o restricciones arbitrarias a la libertad de expresión.

Así lo hizo la Corte Suprema de Justicia chilena al conocer una acción de protección presentada por Matías Rojas <sup>28</sup>, periodista de El Ciudadano, contra la Escuela de Carabineros de Chile, quien consideró que la entidad vulneró su derecho a informar y a emitir opiniones cuando le negó el acceso a una rueda de prensa convocada por la Escuela el 28 de abril de 2017. En esta oportunidad la Corte dio la razón al periodista. Consideró que impedir su ingreso a una rueda de prensa fue una violación a

26 Tribunal Constitucional. Perú. Sentencia de 11 de octubre de 2018. Exp. 0012-2018-PI/TC y 0013-2018-PI/TC.

27 Ibidem. Pág. 38.

28 Corte Suprema de Justicia. Chile. Sentencia de 16 de octubre de 2017. Fallo No. 35.246-2017.

la libertad de informar, de acceder a la información, y de crear y emitir una opinión, libre de censuras, interferencias o presiones de cualquier tipo. Por ello, ordenó a la Escuela de Carabineros facilitar en todo momento la participación del accionante en las conferencias de prensa que llegue a convocar y no volver a impedir su ingreso

Esta Corte recordó cuatro estándares fundamentales en materia de libertad de prensa. El primero, consagrado en el Art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relativo a la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole, la cual no puede ser restringida por vías o medios indirectos. El segundo, contemplado en la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, cuyo Principio 5 señala que está prohibida la censura, la interferencia o la presión sobre cualquier tipo de expresión difundida a través de medios de comunicación. El tercero, contenido en el Principio 2 del mismo instrumento, en virtud del cual el derecho a buscar, recibir y difundir información debe ser garantizado sin ningún tipo de discriminación. Finalmente, el cuarto, referido en la Resolución 104 de la UNESCO, donde se precisa que corresponde a los Estados miembros facilitar y garantizar a los periodistas la libertad de informar y el acceso más rápido posible a la información.

Con esta decisión, la justicia chilena fijó una línea de actuación para los funcionarios judiciales de cara a remediar incluso los efectos de hechos de censura, interferencia o presión ya consumados.

Ahora bien, esa línea jurisprudencial fue decisiva también en otro caso chileno, esta vez resuelto por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo dentro de una causa promovida por Carlos Mantilla

Battle, representante del diario El Comercio, contra la Resolución No. 006-2017-DNJRDINPS de la Superintendencia de la Información y la Comunicación <sup>29</sup>, mediante la cual impuso una sanción al periódico por haber cometido – aparentemente – actos de censura. Según la Superintendencia, El Comercio dejó de publicar una noticia de interés público, que había sido producida por otro medio de comunicación y que hacía referencia a una investigación contra uno de los candidatos electorales del momento, lo cual – a su juicio – había vulnerado la libertad de información de la ciudadanía.

El Tribunal consideró que para declarar un acto de censura previa por parte de un medio de comunicación debe demostrarse que hay una “omisión a la difusión de temas de interés público que es deliberada y recurrente” <sup>30</sup>, y precisó que una y otra condición deben concurrir para que efectivamente se verifique su intención de censurar contenidos. Por ello, si no puede probarse que la omisión se produjo por una intención persistente de no publicar un asunto, y así no informar al público, no puede declararse la existencia de censura previa. Tanto más, advierte que la decisión de no publicar información no corroborada en su veracidad y exactitud es un ejercicio responsable de la libertad de prensa, pues evita una lesión a otros derechos como la información, e incluso la honra y la reputación.

<sup>29</sup> Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo. Chile. Sentencia de 13 de febrero de 2020. No. 17811201700947/2020.

<sup>30</sup> Ibidem. Pág. 13.



### ***(vii) El abordaje judicial de la violencia contra periodistas y la impunidad***

La Rama Judicial ha desempeñado también una importante labor al momento de contrarrestar y prevenir la violencia e impunidad en los delitos que se cometen contra periodistas. En Paraguay, por ejemplo, el proceso penal adelantado por los homicidios de Pablo Medina y Antonia Almada, integrantes del diario ABC Color, perpetrados el 16 de octubre de 2014, condujo a la condena del ex alcalde de la provincia de Ypejhu, Vilmar Acosta Márques, a una pena privativa de la libertad de 39 años de prisión en grado de instigador o determinador del homicidio <sup>31</sup>.

El Tribunal Colegiado de Sentencia encontró que existían suficientes elementos probatorios que afirmaban la responsabilidad del ex alcalde en estos dos homicidios, y tanto más de las circunstancias contextuales de riesgo en que se encontraba el periodista Pablo Medina, quien alertó y denunció las múltiples amenazas que recibía contra su vida, derivadas del ejercicio de su profesión como periodista, y en particular las dirigidas por el condenado Vilmar Acosta. El Tribunal impuso una

pena cualificada, en razón de la “probabilidad de reincidencia” del procesado, como un mecanismo preventivo para garantizar no sólo la protección de la ciudadanía en general sino del gremio de periodistas, contra quienes Acosta también había dirigido sendas amenazas.

Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ofrece un precedente jurisprudencial de enorme importancia en el Caso Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia<sup>32</sup> donde concluyó que el Estado colombiano incumplió su obligación de desarrollar una investigación en un plazo razonable por el homicidio del periodista Nelson Carvajal, así como por las amenazas recibidas por su familia. La Corte sostuvo que el homicidio del comunicador se debió a su actividad profesional, y en el marco de un contexto de violencia generalizada contra ese gremio, favorecido por un alto índice de impunidad, el cual se hizo evidente en la poca diligencia con que se condujo la investigación de estos hechos, que luego llegaron hasta instancias interamericanas. En esta ocasión la Corte IDH reiteró la existencia de un deber de protección reforzado en favor de los y las periodistas a cargo del Estado, en virtud del cual los riesgos que éste debe considerar para implementar las medidas de seguridad apropiadas deben ser producto de un análisis de los hechos concretos en los que se circunscribe la situación y la labor de esos comunicadores, complementado por una caracterización del contexto que le rodea. Ese deber cualificado también existe en la manera en que han de conducirse las investigaciones de los delitos que afecten a periodistas, pues contrarrestar la impunidad es también una manera de contrarrestar

31 Tribunal Colegiado de Sentencia de la Circunscripción Judicial de Canindeyú. Paraguay. Sentencia de 19 de diciembre de 2017. Caso Pablo Medina, Sentencia Definitiva No. 113/2017.

32 Corte IDH, *Caso Carvajal Carvajal y Otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de marzo de 2018. Serie C No. 352.

la violencia y los obstáculos contra la libertad de expresión.

En ese mismo sentido, la Corte Constitucional colombiana conoció una acción de tutela interpuesta por el periodista Herley Ramírez Alzate <sup>33</sup>, en la que examinó si tratándose de comunicadores y periodistas el análisis de riesgo y amenazas a la seguridad debe realizarse considerando criterios diferenciales, o si basta aplicar la evaluación ordinaria que las instituciones competentes tienen para el efecto. Concluyó que efectivamente el riesgo y las amenazas deben examinarse con base en un “enfoque diferencial” que consulte, además de los criterios ordinarios, tres elementos especiales: el perfil del comunicador en riesgo, el contenido de la información que comunica, y el contexto de la región en que lo hace, pues sólo una evaluación que integre todos esos criterios permitirá diagnosticar de manera adecuada si existen o no factores que atentan contra la seguridad de los periodistas.

Ese enfoque diferencial deviene entonces en un deber de protección y salvaguarda cualificado, que debe considerar, según precisó la Corte colombiana, las necesidades propias de la profesión u oficio de comunicar; las circunstancias individuales del periodista, integrando la perspectiva de género cuando la situación así lo requiera; las realidades locales que enfrentan en su ejercicio cotidiano; y, debe incluir medidas de tipo estructural, como por ejemplo políticas y mecanismos de prevención para luchar contra la impunidad y la violencia. Así, la Corte señaló que la actuación estatal en el campo de la protección debe estar fundada en estudios que integren todos esos elementos.



### ***(viii) Libertad de Expresión y procesos electorales***

Los jueces de la región también han tenido oportunidad para pronunciarse sobre las dimensiones de la libertad de expresión en el marco de procesos electorales, tanto en lo relativo a la difusión de información que permita la formación de una opinión en el electorado, así como en el ejercicio al voto libre como una manifestación de esa opinión. En el caso Ocaña c. Editores Nacionales S.A. – ENSA <sup>34</sup> la Corte Constitucional ecuatoriana examinó si un medio de comunicación estaría facultado para realizar publicaciones relativas a procesos electorales días antes de la celebración de esos certámenes; y, si en el caso concreto, la sanción que fue impuesta a ENSA el 26 de septiembre de 2012, consistente en una multa de USD 80.000, por haber publicado las preguntas que serían consultadas a la ciudadanía en el referéndum de 2011 en Ecuador fue proporcional de acuerdo a los parámetros constitucionales vigentes para ese entonces en ese país.

Tras un largo proceso judicial, en 2020 la Corte consideró que todo medio de comunicación está facultado para realizar publicaciones relativas a procesos electorales, particularmente si ellas

<sup>33</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-119/19 de 15 de mayo de 2019.

<sup>34</sup> Corte Constitucional. Ecuador. Sentencia de 2 de septiembre de 2020. No. 1651-12-EP/20.

favorecen la difusión de información que permitirá la formación de una opinión en el electorado. Señaló también que ese campo temático corresponde a los discursos considerados de interés público, por su estrecha relación con las prácticas que sostienen una democracia, y – recordó – que por ello cuenta con una protección reforzada en el régimen constitucional ecuatoriano.

Este Alto Tribunal reprochó que en la decisión mediante la cual se impuso una sanción de USD 80.000 a la Editorial, el juez no haya considerado los estándares de protección a la libertad de expresión, ni haya efectuado un análisis claro y suficiente sobre la naturaleza de la publicación realizada, pues tratándose de un discurso de interés público el deber judicial era asegurar la materialización de la protección constitucional reforzada con que cuentan ese tipo de manifestaciones.

Para cumplir con el rol de veedor en la materialización de la protección cualificada a la libertad de expresión, la Corte recordó que es deber de los y las juezas realizar un examen riguroso a los casos de limitación a la libertad de expresión, el cual exige la verificación de 4 condiciones: el principio de legalidad; el principio de legitimidad e idoneidad; el principio de necesidad; y, el principio de proporcionalidad de la medida. Examen que hemos referido antes como el test de las cuatro condiciones.

Al llevar ese test al caso concreto, la Corte encontró que la sanción impuesta a ENSA fue producto de la aplicación de normas que solamente adquirieron vigencia con posterioridad a la fecha de los hechos, con lo cual se había vulnerado el principio de legalidad. Precisó también que la sanción impuesta no tuvo fundamento en alguno de los fines legítimos protegidos por el ordenamiento jurídico interno,

pues no se evidenció la protección de derechos de terceros, ni del orden público o la seguridad nacional, de manera que la sanción y restricción impuesta a Editores Nacionales S.A. careció de una finalidad legítima. Así, la violación a esas dos primeras condiciones suponen la falta de idoneidad y de proporcionalidad de las medidas adoptadas en contra de la editorial.

Por lo anterior, el 2 de septiembre de 2020, la Corte Constitucional decidió dejar sin efectos la sentencia a través de la cual se sancionaba a ENSA, y ordenó al Estado disculparse públicamente con Editores Nacionales S.A; difundir ampliamente esta nueva decisión; implementar un plan de capacitación para funcionarios públicos en materia de libertad de expresión; y exhortó a las autoridades judiciales a dar aplicación al test de las cuatro condiciones, cada vez que se enfrenten a casos que impliquen limitaciones al ejercicio de la libertad de expresión.



### **(ix) *La protesta social***

En una decisión sin precedentes en Colombia, el 20 de septiembre de 2020 la Corte Suprema de Justicia resolvió una acción de tutela promovida por 49 ciudadanos, dentro de los cuales se contaban estudiantes, profesores e integrantes de organizaciones sociales que aducían ser víctimas de violencia policial mientras participaban en manifestaciones pacíficas. Documentaron casos ocurridos desde 2017, pero concentraron especial

atención en los hechos de violencia cometidos por la fuerza pública en las movilizaciones convocadas en el Paro Nacional, desde el 21 de noviembre 2019, época en la que se produce el asesinato del joven Dilan Cruz a causa de un disparo policial.

La Corte Suprema de Justicia colombiana se preguntó si existen prácticas sistemáticas al interior de las instituciones accionadas, en particular de la Fuerza Pública, que contribuyan a la vulneración del derecho a la protesta pacífica, y con éste de la libertad de expresión en escenarios públicos. La Corte consideró que sí.

A partir de la evaluación de todos los hechos y cargos impetrados en contra de las autoridades accionadas, la Corte evidenció un proceder estatal que menoscababa “el derecho legítimo de los ciudadanos a manifestarse pública y pacíficamente”<sup>35</sup>. Para la Corte, las situaciones expuestas y probadas, ponen de presente la existencia de problemas de tipo estructural que deben ser resueltos por el Ejecutivo y el Legislativo, entre ellos el uso de la fuerza como una respuesta tradicional y normalizada ante las movilizaciones ciudadanas, en especial para dispersar la manifestación pública; la incapacidad de las entidades y funcionarios accionados de mantener una postura neutral frente al ejercicio de la protesta; la inobservancia por parte del Estado de sus obligaciones convencionales respecto a la protección de los derechos de reunión y libre expresión, entre ellas su deber de emplear las medidas menos lesivas de la libertad en caso que sea necesario intervenir en la protesta; la negativa de las entidades de Gobierno por reconocer la existencia de prácticas atentatorias del derecho a protestar en democracia; y, la falta de una ley estatutaria que limite el accionar de la fuerza pública y regule su juzgamiento cuando el abuso de su

fuerza conduzca a casos de violación del derecho a la protesta pacífica.

Por lo anterior, la Corte estimó necesario ordenar remedios de tipo estructural, dentro de los cuales destacan la orden al Ejecutivo de expedir un acto administrativo donde instruya a los miembros de la Fuerza Pública conservar su neutralidad cuando se realicen manifestaciones pacíficas, particularmente aquellas que cuestionan el accionar de Gobierno; y la orden a todas las entidades accionadas para establecer una mesa de trabajo encargada de reestructurar las directrices de uso de la fuerza en escenarios de movilización social y protesta pública, en estrecho diálogo con la ciudadanía.

En el análisis de este caso, la Corte resaltó la estrecha relación que existe entre la libertad de expresión y los derechos de reunión, manifestación y protesta pacífica. Para la Corte, son derechos conexos que tienen una influencia recíproca entre ellos, y por ese motivo son susceptibles de protección por vía de tutela en los casos en que se evidencie su vulneración, sea a individuos concretos o a una masa amplia de manifestantes, y su adecuada garantía exige medidas que incluso transformen el quehacer de las instituciones y las prácticas que habitualmente emplean, pues el rol de los jueces es también crear oportunidades de remedio para problemas estructurales que desencadenan tales violaciones.

<sup>35</sup> Corte Suprema de Justicia. Colombia. Sentencia de 20 de septiembre de 2020. STC7641-2020. Pág. 121.



### 3. Recomendaciones para los y las jueces, inspiradas en las buenas prácticas y formuladas en función de las metas relevantes del ODS 16

A manera de recapitulación, y con base en las experiencias judiciales analizadas, recomendamos considerar y multiplicar el empleo de las siguientes buenas prácticas, con la confianza de que ellas contribuirán al logro de sociedades más justas, equitativas, inclusivas y con instituciones democráticas más sólidas.

**(a)** Todo tipo de opiniones y manifestaciones de expresión pública, con excepción de aquellas consideradas prohibidas por mandato convencional<sup>36</sup>, se encuentran amparadas por el derecho a la libertad de expresión, en especial aquellas que resultan incómodas, hirientes, chocantes, ofensivas, desobligantes y críticas, pues su garantía es una sana muestra de cultura democrática. Por ello, se

recomienda siempre examinar esas manifestaciones a la luz del trato preferente otorgado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en algunos ordenamientos internos se ha traducido en presunciones constitucionales a favor de su protección prevalente.

**(b)** En las expresiones que se difundan por internet, y cuyo contenido sea cuestionado en instancias judiciales, se recomienda concentrar el análisis de la responsabilidad en quienes lo generaron, no así en los intermediarios ni plataformas de internet, para evitar con ello censuras y bloqueos en la difusión de informaciones dentro del mundo digital. En ese orden de ideas, el único escenario legítimo para efectuar un examen de responsabilidad de los intermediarios es cuando ellos fungen como co-creadores de los contenidos cuestionados.

**(c)** Cuando se trata de examinar la responsabilidad ulterior por algún tipo de expresión hecha pública, es de enorme importancia garantizar la independencia e imparcialidad de quien efectuará tal análisis. De modo que no puede reconocerse una facultad sancionatoria en abstracto a favor de quien haya sido objeto de comentarios críticos expresados en una red social, toda vez que ello puede desencadenar en obstáculos para el libre ejercicio de la expresión. Cualquier responsabilidad que pudiese derivarse para quien ejerce su libertad de expresión, podrá ser examinada por una autoridad independiente e imparcial, mas no por el mismo sujeto que se considere agraviado.

**(d)** Es altamente aconsejable propender por

36 Esto es: (a) la propaganda en favor de la guerra; (b) la apología del odio nacional, racial, religioso o de otro tipo de odio que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad, la violencia contra cualquier persona o grupo de personas por cualquier motivo (modo de expresión que cubija las categorías conocidas comúnmente como discurso del odio, discurso discriminatorio, apología del delito y apología de la violencia); (c) la pornografía infantil; y (d) la incitación directa y pública a cometer genocidio.

un desuso del derecho penal en asuntos que comprometan la libertad de expresión, aún en escenarios en los que todavía se encuentran vigentes los delitos de la palabra. Un camino para forjar legítimamente ese desuso es el empleo del “test de las cuatro condiciones” para cada caso concreto en el que se pretenda judicializar penalmente a quien ha hecho uso de su libertad de expresión. Ello abre un camino para abandonar paulatinamente la disuasión penal como una herramienta de coerción a la libertad de expresión. Es altamente aconsejable también propender por la exclusión de los ordenamientos jurídicos de las figuras que representan una “responsabilidad penal en cascada” para los equipos periodísticos, así como las sanciones más lesivas a los delitos de palabra cuando ellos pudiesen afectar a funcionarios públicos, pues la eliminación de todas esas figuras favorece un ejercicio periodístico más libre y una emisión de opiniones sin distinción de los sujetos involucrados.

**(e)** La protección reforzada a la libertad de expresión adquiere nuevas dimensiones de cualificación gracias a los enfoques diferenciales, entre ellos el enfoque de género. De modo que tenerlos en cuenta al momento de decidir situaciones que involucren a poblaciones o sujetos especialmente vulnerables es indispensable para adoptar mejores decisiones en Derecho.

**(f)** La comprensión amplia del y la periodista, como aquella persona que se dedica habitual o regularmente a informar, sin condicionar tal reconocimiento a una titulación específica o a un registro en una asociación o colegiatura, es una manera de garantizar el oficio periodístico, de democratizar su acceso a distintos estamentos sociales y pluralizar su ejercicio, así como de ampliar

las protecciones cualificadas a las que tienen derecho los sujetos considerados periodistas.

**(g)** Cuando el derecho a la libertad de prensa entra en tensión con el derecho a la rectificación, particularmente por razones de exactitud o veracidad, se recomienda considerar varios factores que permitan una adecuada ponderación, que incluya el empleo del test de las “Cuatro Condiciones” (legalidad, legitimidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

**(h)** El Estado no es titular del derecho de retractación.

**(i)** Es recomendable adoptar decisiones judiciales que propendan por la existencia plural y diversa de medios de comunicación, pues así puede garantizarse a la ciudadanía la formación de opiniones más libres. Ello implica, entre otros aspectos, democratizar el acceso a licencias, recursos (públicos e incluso naturales), contratos y otras condiciones necesarias para la difusión de informaciones y opiniones.

**(j)** Al momento de decidir casos que involucren censura, u otras formas de interferir o ejercer presión sobre comunicadores, es importante recordar que aún cuando se trate de hechos ya consumados, el Poder Judicial está en condiciones de intervenir para evitar que esas situaciones se repliquen o sus efectos se multipliquen.

**(k)** Cuando se trata de medios de comunicación acusados de cometer censura de contenidos, es importante recordar que tal alegación requiere un examen más estricto, toda vez que si no puede probarse que la omisión se produjo por una intención persistente de no publicar un asunto, y así no informar al público, no puede declararse

la existencia de censura previa. Tanto más, se recomienda combinar ese análisis con el deber de verificación que asiste a los periodistas y que les faculta a no publicar información no corroborada en su veracidad y exactitud.

**(l)** La reducción de la impunidad en los ataques, agresiones y homicidios contra periodistas es un avance que puede incidir positivamente en un mayor respeto a la libertad de expresión y específicamente la libertad de prensa. Sin embargo, en un contexto de persecución, represión y violencia persistente contra el periodismo, es indispensable que se asegure no sólo la administración de justicia oportuna y efectiva, sino también la implementación de un sistema de prevención y protección adecuado, capaz de adoptar medidas que permitan a los y las comunicadoras ejercer su labor de manera libre y segura.

**(m)** Garantizar un ejercicio pleno de la libertad de prensa incluye, en primer lugar, el reconocimiento de una responsabilidad reforzada a cargo del Estado cuando se trata de periodistas; y en segundo lugar, supone el deber de incorporar un “test” diferencial cuando se trata de evaluar el riesgo que experimentan esos sujetos, al integrar al análisis tres criterios (el perfil – el contenido de la información que comunica – el contexto de la región en que lo hace). Ese deber cualificado también existe en la manera en que han de conducirse las investigaciones de los delitos que afecten a periodistas, pues contrarrestar la impunidad es también una manera de contrarrestar la violencia y los obstáculos contra la libertad de expresión. De modo que una buena práctica como juzgador implicará la verificación del cumplimiento de esos deberes estatales, y en caso de ausencia procurar su remedio.

**(n)** El estricto empleo del test de las cuatro

condiciones favorece el análisis sobre si proceden o no restricciones a la libertad de expresión, esto es si debe o no ceder su protección en favor de otros derechos o bienes jurídicos; y tanto más genera una sana disciplina judicial sobre las implicaciones que tiene la protección reforzada de la cual goza este derecho en un sistema democrático.

**(o)** El amparo estructural de derechos, si bien puede ser un mecanismo polémico y de difícil recibo por parte de los gobiernos, puede erigirse en el camino más idóneo para remover obstáculos al ejercicio de la libertad de expresión.

Finalmente es oportuno expresar que si bien persisten importantes retos en la efectiva protección del derecho a la libertad de expresión, la adopción de decisiones como las que hemos referido en este artículo transmite optimismo en lo que parece ser una sociedad cuya democracia madura con los años, en parte, gracias a los esfuerzos de ciudadanías exigentes que han promovido esos análisis a través del litigio, y de jueces que han asumido con altura la ardua tarea de la protección de derechos.