

UNIVERSIDAD DE LOS HEMISFERIOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

TESIS PARA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA

**TEMA: “EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL ECUADOR,
DENTRO DEL MARCO JURÍDICO DE LA CONVENCION AMERICANA
SOBRE DERECHOS HUMANOS”**

POR: ANA VALERIA IRIGOYEN PONCE

DIRECTOR: RENÉ BEDÓN

QUITO, JULIO 2012

El presente documento se ciñe a las normas éticas y reglamentarias de la Universidad de Los Hemisferios. Así, declaro que lo contenido en éste ha sido redactado con entera sujeción al respeto de los derechos de autor, citando adecuadamente las fuentes. Por tal motivo, autorizo a la Biblioteca a que haga pública su disponibilidad para lectura, a la vez que cedo los derechos de publicación a la Universidad de Los Hemisferios.

De comprobarse que no cumplí con las estipulaciones éticas, incurriendo en caso de plagio, me someto a las determinaciones que la propia Universidad plantee. Asimismo, no podré disponer del contenido de la presente investigación a menos que eleve por escrito el requerimiento para su evaluación a la Comisión Permanente de la Universidad de Los Hemisferios.

Ana Valeria Irigoyen Ponce

A Dios, a mi familia y a Felipe.
Mil Gracias.

ÍNDICE GENERAL

Declaración.....	1
Agradecimiento.....	2
Índice.....	3
Introducción.....	7
Objetivos de la investigación.....	16
Metodología de la investigación.....	17

CAPÍTULO I

NORMATIVA LEGAL Y FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA EN TORNO AL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

1. Fundamentos de la libertad de expresión.....	18
1.1. Doctrina de la jerarquía preferente.....	19
1.2. Doctrina de derecho inherente a la personalidad.....	20
1.3. Consideraciones.....	21
2. Antecedentes constitucionales sobre la libertad de expresión en Ecuador.....	23
3. Normativa nacional sobre el derecho a la libertad de expresión.....	28
3.1. Constitución.....	28
3.1.1. <i>Comunicación</i>	33
3.1.2. <i>Información</i>	34
3.1.3. <i>Producción, creación y difusión del arte, ciencia y cultura</i>	35
3.1.4. <i>Libertad ideológica y de culto</i>	35
3.1.5. <i>Prensa, imprenta y opinión</i>	36
3.2. Código Penal.....	36
3.3. Código de Procedimiento Penal.....	38
3.4. Ley de radiodifusión y televisión.....	39
3.5. Ley de ejercicio profesional del periodista.....	41

3.6. Estatuto de la federación nacional de periodistas.....	42
3.7. Código de ética profesional del periodista.....	42
4. Normativa internacional sobre el derecho a la libertad de expresión.....	43
4.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos (anexo A).....	43
4.2. Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (anexo B).....	47
4.3. Declaración de Chapultepec.....	49
4.4. Declaración Universal de Derechos Humanos.....	49
4.5. Pactos Internacionales de Derechos Humanos.....	50
4.6. Sociedad Interamericana de Prensa.....	52

CAPITULO II

RESPONSABILIDAD Y LÍMITES DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

1. Límites al derecho de libertad de expresión.....	54
1.1. El respeto a los derechos y reputación de los demás.....	55
1.2. La protección de la seguridad nacional, el orden, la salud y la moral pública.....	56
1.3. Propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la violencia o a la discriminación de cualquier tipo.....	60
1.4. Consideraciones.....	62
2. Requisitos jurídicos para la implementación de responsabilidades ulteriores.....	63
2.1. Legalidad.....	63
2.1. Objetivo legítimo.....	64
2.3. Restricciones necesarias para alcanzar la protección del objetivo legítimo.	65
3. Responsabilidades ulteriores.....	67
3.1. Tipos de responsabilidad ulterior.....	69
3.2. Responsabilidad Penal.....	69
3.2.1. <i>Principios de derecho penal</i>	70
3.2.1.1. <i>Principio de legalidad</i>	70

3.2.1.2. Principio de la tipicidad inequívoca.....	71
3.2.1.3. Principio de intervención mínima.....	72
3.2.2. Tipos penales que limitan el derecho a la libertad de expresión en Ecuador.....	72
3.2.2.1. Delitos contra la honra.....	73
3.2.2.1.1. Injuria no calumniosa.....	73
3.2.2.1.2. Injuria calumniosa.....	77
3.2.2.2. Delitos contra la administración pública.....	80
3.2.2.2.1. Desacato.....	81
3.2.3. Consideraciones.....	85
3.3. Responsabilidad Civil.....	86
3.3.1. El daño.....	92
3.3.2. Formas de reparación civil.....	94
3.3.2.1. Reparación pecuniaria.....	95
3.3.2.2. Reparación en especie o in natura.....	97
3.3.2.3. Reparación mixta.....	99
4. Perspectiva de la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la responsabilidad ulterior civil y penal.....	100

CAPÍTULO III

RESTRICCIONES CONTRARIAS A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

1. Censura previa.....	112
1.1. Criterio de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	113
1.2. Normativa Nacional.....	117
2. Asignación arbitraria de recursos públicos.....	119
2.1. Entrega o restricción de frecuencias radioeléctricas.....	120
2.2. Abuso de publicidad oficial.....	121
3. Utilización arbitraria de mecanismos de regulación y control.....	122

4. Barreras que impiden el libre flujo de ideas.....	123
5. Sanciones penales ilegítimas u opresivas.....	125
6. Colegiatura obligatoria de periodistas.....	126
7. Autocensura.....	128
8. Consideraciones.....	129

CAPITULO IV
LA REAL MALICIA Y LA *EXCEPTIO VERITATIS*

1. La real malicia.....	130
1.1. Jurisprudencia Argentina.....	133
1.2. Jurisprudencia Costarricense.....	134
1.3. Normativa uruguaya.....	135
1.4. La real malicia en Ecuador.....	136
1.5. Debida diligencia.....	141
2. La <i>exceptio veritatis</i>	142
2.1. Informaciones y opiniones.....	143
2.2. Carácter público o privado de la expresión.....	144
2.3. La prueba de la verdad en los delitos de injurias calumniosas e injurias no calumniosas.....	145
2.4. Carga de la prueba.....	145
3. Consideraciones.....	146
Conclusiones y Recomendaciones.....	147
Bibliografía.....	154
Anexos.....	161

INTRODUCCIÓN

Ha llamado nuestra atención el estudio del derecho a la libertad de expresión entre los demás derechos humanos, dada la situación coyuntural que vive nuestro país en la actualidad. La controversia que se ha generado hoy en torno a este derecho fundamental es innegable, en ocasiones el derecho a la libertad de expresión, ha llegado a ser incluso víctima de opiniones que, aunque respetables, no van más allá de fundamentarse en apegos y animadversiones con el régimen que gobierna el país, quedando lejos aquellos fundamentos que soportan un conocimiento profundo sobre este derecho.

Nos asiste la convicción del derecho natural como base y antecedente jurídico de los derechos humanos, por lo cual se advierte que este trabajo parte de la concepción de que los derechos humanos son inherentes al hombre y provienen de su naturaleza; existen independientemente de que hayan o no sido reconocidos o se los garantice, pues no nacen de la norma positiva, lo que sería fundamentarlos en el derecho positivo y dejar en manos del legislador su existencia o despositivización.

No quiere esto decir que la positivización de los derechos humanos no sea sustancial, por el contrario, al partir de que el nacimiento de estos derechos tiene sus cimientos en la naturaleza del hombre, obviamos el análisis de su origen, y analizamos justamente la norma legal que hoy en día ha servido para el reconocimiento y garantía de los derechos humanos, entre ellos, el derecho a la libertad de expresión.

De lo dicho, se entiende que todas las personas somos titulares de los derechos humanos independientemente de nuestras circunstancias individuales o sociales, por lo cual el ejercicio de su ordenamiento jurídico y protección va más allá del ordenamiento interno de cada país. Le compete a la Sociedad Internacional la regulación y protección de los mismos.

“(…) son derechos cuya noción responde a necesidades y problemas propios de la sociedad internacional, y cuyo ejercicio no depende de un Estado, sino del esfuerzo conjunto de la Comunidad Internacional”. (Abellán, 1996: pág. 39).

Con estos presupuesto hemos optado por analizar el alcance y protección del derecho a la libertad de expresión desde el derecho internacional, enfocándonos en los mecanismos de protección y regulación que contempla el Sistema Interamericano como organismo regional competente, contrastando sus disposiciones con las existentes en nuestro país y apoyándonos en las fuentes del Derecho Internacional: los convenios internacionales, la costumbre internacional y los principios generales del derecho.

A su vez, antes de empezar con nuestra investigación, queremos dejar en claro nuestro criterio acerca de los alcances respecto de la obligatoriedad y vinculación de las disposiciones de la Comisión Interamericana de Derechos humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puesto que no entraremos en el análisis de este tema. Este apartado introductorio pretende establecer las preconcepciones, que serán los cimientos de la cuestión de fondo de nuestra investigación.

Ahora bien, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es un órgano jurisdiccional autónomo que tiene como funciones específicas la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para lo cual: absuelve consultas de los Estados, materializadas en opiniones consultivas; provee medidas provisionales de protección, y resuelve casos contenciosos, materializados en sentencias. Particularmente de estas últimas se deriva la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que es la que revisaremos en este trabajo y creemos oportuno tomar en cuenta en relación con la legislación ecuatoriana.

No nos cabe duda que las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son obligatorias y vinculantes para los Estados involucrados en los conflictos, en virtud de que han ratificado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Con respecto a los Estados que han ratificado dicho instrumento, pero no son parte en los conflictos, creemos que en estos casos, la jurisprudencia que resuelva la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no llega a ser obligatoria para éstos, pero sí

vinculantes. Transmitimos este criterio en función de los artículos 1 y 2 de la Convención¹ y debido a que todos los Estados que han ratificado la jurisdicción y competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se deben a ella independientemente de qué Estado sea, o quien sea el accionante. Si el Estado “A” ha sido condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a ajustar su derecho interno conforme los estándares internacionales, no quiere decir que los demás Estados estén exentos de esta responsabilidad, y puedan seguir violentando el derecho por el cual fue condenado “A” hasta que sean llevados ante este tribunal internacional. Esta jurisprudencia es vinculante pues es una pauta para la interpretación, respecto de derechos humanos, que deben tener presentes los jueces nacionales de todos los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Con relación a las opiniones consultivas, las decisiones e interpretaciones que emita la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes en todo momento ya que se trata de una interpretación generalizada del sistema regional de derechos humanos, donde no se hace valoración alguna de circunstancias específicas. La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que las consultas interesan a todos los Estados, dándoles la oportunidad de intervenir en ellas, sosteniendo que:

“Al solicitar una Opinión Consultiva de un tribunal internacional (dotado de competencia para tal), el Estado o el órgano solicitante no se presenta o se afirma como "parte demandante", pero tan sólo desencadena un procedimiento consultivo que existe en beneficio de todos los Estados Partes, y no solamente del Estado u órgano solicitante. Este último pone en movimiento un procedimiento destinado a aclarar cuestiones jurídicas, en beneficio de todos los Estados Partes, además de los órganos del sistema de protección”. El subrayado nos pertenece. (Opinión Consultiva OC-15-/97, 1997: párr. 33).

¹ “Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos: 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1967: art. 1 y 2).

En lo que se refiere a las medidas provisionales de protección sostenemos que es una competencia irrogada principalmente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que el artículo 63 de la Convención Americana de Derechos Humanos² le otorga esa facultad, sin embargo podrían ser solicitadas, en un segundo término por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que las requeriría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en caso de que esta última no tuviera conocimiento del asunto que hace necesarias estas medidas.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos obtiene vida jurídica gracias a la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por los Estados partes, y aunque su competencia jurisdiccional no se compara con la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Pacto de San José le ha otorgado funciones específicas entre las que se contempla la preparación de informes y recomendaciones sobre el reconocimiento y protección de los derechos humanos. Esto quiere decir que los Estados que han incorporado como suyo las disposiciones del Pacto, han de cumplir con lo que éste impone a las partes, no porque de éste emane un elemento de obligatoriedad, sino debido a los principios reconocidos de derecho internacional sobre la interpretación de los tratados. Concretamente el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados nos dice que: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. (Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, 1969; art. 31 numeral 1).

Es decir que los Estados deben cumplir de buena fe con lo que se han comprometido. En el caso específico de este tratado, *inter alia*, los Estados parte se han comprometido a facilitar la información y los estudios necesarios sobre derechos humanos, con la finalidad de que la Comisión Interamericana de Derechos humanos pueda desempeñar a cabalidad las funciones y atribuciones de las que trata la Convención Americana sobre Derechos

²“Artículo 63: 1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. 2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1967: art. 63).

Humanos en su artículo 41³. En este sentido, el Ecuador ha aceptado la competencia tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como de la Comisión Interamericana de Derechos humanos en todas sus funciones y atribuciones y hasta el momento no ha formulado ninguna denuncia sobre los convenios constitutivos de estos dos órganos, lo que es más, ha atado este cumplimiento a ídoles Constitucionales como se verá en su momento.

Sentadas las bases generales de nuestro estudio podemos concentrarnos específicamente en el derecho a la libertad de expresión y las premisas que guiarán este trabajo de investigación.

Es necesario entender que la expresión no es únicamente la comunicación de palabra hablada, se trata también de gestos, escritos, signos, bromas, dibujos, y hasta silencios, en fin todo lo que permita la exteriorización de una reflexión gestada en el interior de un individuo o de un grupo social. A su vez se subdivide en informaciones, opiniones e ideas; tiene límites pues no es un derecho absoluto y su ejercicio abusivo es susceptible de responsabilidades.

En un primer capítulo denominado *Normativa Legal y Fundamentación Teórica en Torno al Derecho a la Libertad de Expresión* se buscará reconocer los fundamentos teóricos que sustentan el derecho a la libertad de expresión, los antecedentes constitucionales ecuatorianos, y la normativa legal nacional e internacional en torno a este derecho.

En el primer acápite de este capítulo se estudiarán los fundamentos del derecho a la libertad de expresión, es decir porque es importante su reconocimiento y protección. En este punto se describirá, la doble dimensión de éste derecho, en cuanto puede ser individual y social. La dimensión individual, veremos, es aquella que representa el derecho de las personas a difundir sus pensamientos, ideas, informaciones y opiniones, mientras que a la dimensión social le asiste el derecho de todas las personas a recibir dichas expresiones.

³ “La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones: (...) b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos; c) preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones; d) solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos; (...)”. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1967: art. 41).

Ambas dimensiones de este derecho son de singular importancia en las sociedades democráticas, por cuanto la organización política del Estado y el desarrollo de la sociedad, se cimienta en la opinión pública que es generada por estas dos dimensiones.

Queda claro y es irrefutable para cualquier entendimiento, que la libertad de expresión debe ser protegida por el marco jurídico estatal cuyo deber entre otros, es garantizar a la persona individual y al conjunto de personas llamado sociedad, el ejercicio de sus derechos.

La expresión puede verse vulnerada por sus propios titulares, en cuyo caso el Estado bajo su órgano legislativo, es el encargado de la positivización de normas que la resguarden y sancionen su quebranto, pero a su vez es el encargado de fomentar la libertad de expresión junto con sus límites. Para ejemplificar: en caso de vulneración del derecho a la expresión que tienen los niños, es el Estado, mediante la legislación civil y políticas públicas, el encargado de enseñar y sancionar a quienes callan las voces de los menores, sin darse cuenta que estos al igual que todas las personas están ejerciendo su derecho a expresarse, mismo que si bien puede no tener un contenido social importante fomenta su desarrollo personal.

Pero, la libertad de expresión también puede ser mermada por el propio Estado encargado de su protección, para lo cual resulta menester que además de que se dicten leyes que reconozcan este derecho y prevengan violaciones a la libertad de expresión por parte de quienes ejecutan los poderes del Estado, se institucionalicen mecanismos de protección como garantías jurisdiccionales y se adecúe un correcto e independiente funcionamiento de la administración de justicia. Todo esto en virtud de la obligación jurídica internacional de protección de los derechos humanos.

La problemática que motiva esta investigación radica principalmente en el ámbito de las expresiones de interés público, que conciernen sobremanera al órgano encargado de su protección, y que en vista de ese interés y de no existir una seguridad jurídica nacional e internacional podría tomar medidas que aseguren sus intereses.

El Estado encuentra en la opinión pública, gestada a partir de la libre expresión y el debate de sus mandantes, y en los medios de comunicación, verdaderos fiscalizadores de su

gestión. Es por eso que algunos países, especialmente aquellos que no tienen una legislación clara y eficiente, apegada a los estándares internacionales sobre el derecho a la libertad de expresión, han tratado muchas veces con éxito de acallar la expresión de sus ciudadanos por los medios que tienen a su alcance.

Siguiendo estas líneas nos proponemos en el resto de este capítulo analizar la evolución histórica constitucional del Ecuador en lo referente al derecho de libertad de expresión para después definir la normativa jurídica nacional e internacional en la que se desenvuelve este derecho.

Veremos entonces como con el paso del tiempo, la defensa de la libertad de expresión ha tomado conciencia universal. Así, en sus inicios sería reconocida entre los derechos de primera generación o derechos civiles y políticos, al promover la reivindicación de las libertades e independencia del individuo frente al Estado; para llegar a los tiempos corrientes en que dicha división generacional de derechos no se mantiene, al menos en el caso ecuatoriano, donde todos los derechos humanos, entre ellos el derecho a la libertad de expresión, son reconocidos por igual según la Constitución de 2008.⁴

Con respecto a la normativa interna, veremos si nuestra Constitución reconoce la importancia del derecho a la libertad de expresión y garantiza su protección y ejercicio, junto con otras normas nacionales que aunque de una jerarquía menor, deberían ser el apoyo de los derechos consagrados en la carta magna.

Como dijimos en párrafos anteriores, el alcance de los derechos fundamentales, como el derecho a la libertad de expresión, le compete a la sociedad internacional que ha desarrollado instrumentos jurídicos para su protección. Los cuales no podían ser obviados en este trabajo de investigación, que justamente busca analizar y contrastar la normativa Internacional sobre la libertad de expresión, con respecto a la normativa nacional. Analizaremos pues los instrumentos internacionales pertinentes.

En virtud de que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, el segundo capítulo de esta investigación, *Responsabilidad y Límites del Derecho a la*

⁴ “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008: art. 11 numeral 6).

Libertad de Expresión, se dedicará a dilucidar los límites al derecho en cuestión, en cuanto su protección atenta contra otros bienes jurídicos protegidos. Existe una noción de mayor tolerancia y protección sobre las expresiones que tratan cuestiones de interés público o expresiones que atacan, critican e inclusive pueden llegar a ser ofensivas para los funcionarios públicos, en función del bien común y como garantía de protección de otros derechos fundamentales. Revisaremos esta tesis según los criterios de los organismos internacionales correspondientes, y la jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En esta segunda etapa de la investigación expondremos los principales derechos que entran en conflicto con el derecho a la libertad de expresión. Estos son, según la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el respeto a los derechos y la reputación del resto de personas, y la protección de la seguridad nacional.

También analizaremos las responsabilidades ulteriores que han sido acogidas como compatibles por el derecho internacional para sancionar el abuso del derecho a la libertad de expresión y precautelar los demás derechos fundamentales. Entre estas se examinará con preferencia las disposiciones jurídicas penales y civiles, así como los requisitos jurídicos que permiten su implementación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En el tercer capítulo de esta investigación, *Restricciones contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, repasaremos las formas de restricción ilegítimas, directas e indirectas más comunes del derecho a la libertad de expresión. Veremos los alcances de la prohibición de censura previa que contempla la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Constitución, así como las excepciones que advierten ambas normas.

A pesar de que la implementación de mecanismos de censura es la forma de restricción del derecho a la libertad de expresión más utilizada, puesto que busca sustento en la protección de otros derechos, no es la única restricción incompatible con el derecho internacional que se puede percibir. Existen otros mecanismos que de forma indirecta restringen ilegítimamente el derecho a la libertad de expresión. De estos últimos, repasaremos aquellos que ya han sido detectados y sancionados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el último capítulo denominado *La real malicia y la exceptio veritatis*, como su nombre lo indica, nos centraremos en estudiar estas dos figuras jurídicas cuyas funciones son dar un mayor alcance al derecho de libertad de expresión separando aquellas expresiones que han sido emitidas con ánimo de causar daño, es decir con malicia y, las expresiones que independientemente del efecto dañino que causen serán protegidas si son ciertas. Por supuesto ambas tesis son más complejas de lo que hemos podido resumir en esta introducción y se aplican en casos específicos.

Finalmente, los resultados de esta investigación nos llevarán a sostener conclusiones objetivas versadas en derecho, que permitan al lector interpretar de forma imparcial, la situación jurídica actual en materia del derecho humano a la libre expresión que atraviesa el Ecuador; y de ser el caso, impulsar las posibles recomendaciones en beneficio de las personas, siempre en virtud de la igualdad de los derechos humanos, y la necesidad de que la legislación ecuatoriana, a la par de las legislaciones más evolucionadas de la región y del mundo, marque tendencias evolutivas y nunca retroactivas sobre las garantías de la humanización de los derechos.

OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

Objetivo General

Determinar si el ordenamiento jurídico ecuatoriano protege o no el derecho a la libertad de expresión desde su total y completa concepción, bajo los estándares internacionales de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y, si las figuras jurídicas existentes en el Ecuador, resguardan este derecho o por el contrario, sirven como mecanismos para vulnerarlo.

Objetivos Específicos

- Analizar el alcance de la normativa jurídica ecuatoriana que versa sobre el derecho a la libertad de expresión.
- Comparar la legislación ecuatoriana que versa sobre el derecho a la libertad de expresión con legislaciones de la región, que tienen un reconocido desarrollo en la materia.
- Determinar si la normativa ecuatoriana que versa sobre el derecho a la libertad de expresión es suficiente y el grado de su aplicación.
- Estudiar la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos sobre el derecho a la libertad de expresión y compararla con la normativa y la jurisprudencia nacional.

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

Para el desarrollo de este proyecto utilizaremos diferentes métodos de investigación con el propósito de alcanzar resultados óptimos. En primer lugar manejaremos el método deductivo, con la finalidad de obtener reglas de aplicación general, para llevarlas a casos determinados sobre libertad de expresión. A su vez, será importante dentro de este trabajo la utilización del método inductivo como herramienta de justificación y falibilidad de las reglas de carácter general que pretenden aplicarse en casos concretos.

Por el tipo de investigación es primordial el uso del método comparativo, con la finalidad de puntualizar similitudes y diferencias entre las distintas legislaciones de la región y su jurisprudencia nacional e internacional, así diferenciaremos estándares de protección sobre la libertad de expresión que se utilizan en la región, y si el Ecuador los ha acoplado a su legislación. También será parte de este trabajo el método exegético y casuístico, por ser propio de la ciencia Jurídica.

Finalmente, el métodos analítico - sintético será necesario como herramienta para diferenciar y clasificar las diferentes fuentes de derecho, de las cuales se podrá extraer los parámetros de aplicación y protección de la libertad de expresión, para con posteridad sintetizar esta información y emitir una afirmación que una vez sometida a la validación que nos ofrecen los métodos antes citados, nos permita emitir conclusiones con un elevado grado de verdad, y siempre desde la perspectiva de la técnica investigativa.

CAPITULO I: NORMATIVA LEGAL Y FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA EN TORNO AL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

1. Fundamentos de la libertad de expresión

La libertad de expresión es un derecho que en principio fue concebido como individual “de cada persona”, siendo su objetivo desarrollar la personalidad y dignidad de las personas. Después, con el avance de ciencias como la sociología, el derecho y la política, es que se lo concibe desde una perspectiva social y se le otorga mayor amplitud.

La libertad de expresión, en opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tiene entonces dos dimensiones; una dimensión individual, el desarrollo libre de la personalidad, y una dimensión social, la búsqueda de la verdad por medio de la difusión de las ideas, el dialogo y la opinión pública⁵. Este concepto social está ligado a la democracia, ya que ésta última se construye sobre el consenso de ideas y diálogos que forman la opinión pública. Los estados democráticos pasan entonces a reconocer a la comunicación y con ella a la libertad de expresión como un poder más en una sociedad democrática, el cuarto poder del Estado. (Universidad Católica Andrés Bello, 1995: pág. 68).

Como se desprende de lo anterior, la libertad de expresión es una variable trascendental a considerar a la hora de influir en la opinión pública y así en la gobernabilidad de un Estado. Se reconoce su fragilidad y se busca su protección y regulación como un derecho fundamental, tanto como valor individual por ser parte de la dignidad y personalidad de los seres humanos, como valor social pues es derecho de todos el recibir y difundir expresiones libremente.

Veamos ahora las doctrinas jurídicas más reconocidas que giran alrededor de la libertad de expresión, las mismas que permitirán dilucidar el fundamento de este derecho, su alcance y la protección que se debe otorgar por parte del Estado.

⁵ “dicho artículo 13 engloba dos dimensiones: la individual, que se realiza a través del derecho de expresar pensamientos e ideas y el derecho a recibirlas, y la social, como medio de intercambio de ideas e información para la comunicación masiva entre los seres humanos”. (Herrera Ulloa vs. Costa Rica: párr. 101.1 literal a).

1.1. Doctrina de la Jerarquía Preferente

“Ubica al derecho de libertad de expresión sobre otros derechos en cuestión”.

Esta doctrina engloba todas aquellas teorías que creen en el régimen democrático como fundamento del derecho a la libertad de expresión. Es un fundamento, político, que se apoya en la Primera Enmienda⁶ de la Constitución de los Estados Unidos de América. (Urioste, 2008: pág. 20 y 21).

Para los Estados Unidos, el sistema democrático, entendido por la libre participación de los ciudadanos, es considerado la fortaleza de su bienestar y desarrollo como Estado, en este sentido, proteger esa democracia se convierte en una prioridad, siendo necesario establecer parámetros que sigan esta directriz. Uno de esos parámetros sería entonces la prevalencia del derecho a la libertad de expresión frente a otros derechos cuestionados, puesto que la libertad de expresión es el sustento de la opinión pública, y la opinión pública es el sustento del sistema democrático que compete a todos los miembros de una sociedad. Todo esto, además de ser indirectamente un mecanismo de protección de otros derechos fundamentales como la vida, la integridad personal etc.

Esta doctrina ha traspasado fronteras radicándose con preponderancia en países que han retornado a la democracia, después de épocas de autoritarismo, como es el caso de Perú, Uruguay, y España; de este último transcribimos parte de la sentencia 336/93, del 15 de noviembre de 1993 en la que es clara la posición preferente del derecho a la libertad de expresión:

“ (...) no cabe olvidar que la ponderación entre los derechos constitucionales en conflicto requiere que se tenga en cuenta la posición prevalente – aunque no jerárquica- que respecto al consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución ocupan los derechos a la libre comunicación de información y libertad de expresión del art. 20.1 de la Constitución, cuando su ejercicio tiene lugar dentro del ámbito constitucionalmente protegido, dado que estos constituyen no solo libertades individuales de cada ciudadano, sino también la garantía institucional de una

⁶ “El Congreso no hará ley alguna con respecto a la adopción de una religión o prohibiendo el libre ejercicio de dichas actividades; o que coarte la libertad de expresión o de la prensa, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente, y para solicitar al gobierno la reparación de agravios”. (Jordan, 2006: pág. 43).

opinión pública indisolublemente unida al pluralismo democrático”. (Jurisprudencia española cit. por Urioste, 2008: pág. 23).

De esta doctrina se obtiene dos conclusiones:

- a) Que la preferencia del derecho a la libertad de expresión frente a otros derechos cuestionados, se limita al ámbito político en función de la democracia, y;
- b) Que este fundamento de la libertad de expresión posee un carácter colectivo, es decir en beneficio de toda la sociedad.

El derecho a la libertad de expresión como derecho preferente frente a otros derechos, trata de precautelar el sistema político democrático y deja de cumplir su función cuando se desvirtúa esa protección, en palabras de José Muñoz Lorente: “(...) la prevalencia deriva fundamentalmente del interés público que posee la manifestación realizada (...)”. (Muñoz Lorente, 1999: pág.150).

Creemos que esta teoría fundamenta la importancia y necesidad del reconocimiento y protección del derecho a la libertad de expresión en función de precautelar un sistema democrático donde se impulse la opinión pública en beneficio de la sociedad.

1.2. Doctrina del Derecho Inherente a la Personalidad

“Ubica al derecho de libertad de expresión como un fin en sí mismo por derivarse de la dignidad humana y ser instrumento de su autorrealización”.

Esta teoría necesariamente humanista, engloba todas aquellas teorías que fundamentan el derecho a la libertad de expresión en la persona, el individuo, como tal, sus libertades y desarrollo en sociedad. La libertad de expresión no es más que una manifestación de la dignidad y la libertad del hombre por cuanto es libre para pensar y expresar sus ideas. (Urioste, 2008: pág. 29).

Por medio de la expresión el hombre exterioriza su interior para desarrollar su personalidad individual y realización en sociedad. Esta teoría involucra un sentido de necesidad fundamental de protección de la expresión en virtud de ser necesaria para el correcto

desarrollo de la personalidad de los seres humanos pero también en virtud de que con ella se puede alcanzar la verdad. Es así que se le entrega al derecho el deber de regular y proteger cualquiera de sus formas.

Su principal representante fue John Stuart Mill, quien ya en 1859 señaló las razones por las cuales se debe defender la libertad de expresión en función de la verdad:

- “1. Una opinión que es censurada, puede ser verdadera. Nadie es infalible en sus opiniones ni tiene la verdad absoluta en sus manos.
2. Aunque la opinión censurada sea errónea, puede contener algo de verdad.
3. Aunque la opinión generalmente aceptada sea totalmente verdadera, si no puede ser sostenida y discutida por quienes la admiten, se convertirá en perjuicio sin fundamentos.
4. La opinión general y verdadera que no es discutida, correrá el riesgo de perderse o debilitarse y convertirse en un dogma que impida el desarrollo de otras convicciones basadas en la razón o la experiencia personal”. (Stuart Mill, cit. por Urioste: pág. 30).

Como conclusión diremos que esta teoría fundamenta la trascendencia del derecho en cuestión, en virtud de precautelar la dignidad, la libertad y el desarrollo de la personalidad del ser humano, que subsiste y se enriquece gracias a la libre expresión.

1.3. Consideraciones:

No podemos señalar que el derecho a la libertad de expresión tenga un fundamento único y excluyente, por el contrario como ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ratificamos su criterio según el cual la libre expresión tiene una doble dimensión y por ende una doble función: (Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión, 2009: pág. 5).

1. Función colectiva en beneficio de una sociedad democrática, y;
2. Función individual en beneficio del ser humano.

Esta doble función no es característica exclusiva del derecho a la libertad de expresión, sino de todos los derechos fundamentales del hombre, por cuanto son intrínsecos a su personalidad y al mismo tiempo tienen relación con las múltiples facetas (política, cultural, social, económica, entre otras) en las que el individuo se desenvuelve dentro de una sociedad. Todos los derechos humanos gozan de la misma protección independientemente de las características específicas de la persona que los invoca o sus circunstancias y realidades⁷.

Por otro lado, es bien sabido que los derechos humanos no tienen una jerarquía preferente unos de otros, sino que en sentido abstracto se encuentran en un mismo nivel, y aunque existan doctrinas que pretenden graduar como superior al derecho a la libertad de expresión frente a otros derechos, este no es el caso de la doctrina de la jerarquía preferente que hemos revisado ya que ésta no es absoluta, por el contrario limita esta preferencia del derecho a la libertad de expresión, a circunstancias específicas: para asuntos de interés público.

Para concluir con el análisis del fundamento del derecho a la libertad de expresión y según lo revisado, es preciso dejar en claro que estamos de acuerdo con la doble dimensión de este derecho: **a)** en función del individuo y **b)** en función de la colectividad. Sin embargo, existen dos ámbitos ineludibles en los que se desenvuelven las expresiones: el ámbito público y el ámbito privado, según los cuales el fundamento de este derecho no varía pero al ser éstas de carácter público, tienen mayor preferencia y protección.

Es así que la persona que ejerce su derecho a la libertad de expresión para: informar, difundir y/o criticar *asuntos de interés público*, es decir fomentar la opinión pública, además de ejercer un derecho personal y permitir que se ejerza un derecho común de todos los ciudadanos, cumple con un deber social, al fomentar la opinión pública de manera que en caso de conflicto con otros derechos fundamentales podría ser que sea preferente el

⁷ “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008: art. 11 numeral 2).

derecho a la libre expresión, en virtud de un interés social imperativo como lo es la opinión pública que sustenta la democracia. Mientras que por otro lado, la persona que ejerce su derecho a la libertad de expresión sobre *asuntos de interés privado*, no cumple en absoluto con un deber social, ejerce su derecho y permite que el resto ejerza su derecho de escucharlo o no. Por lo tanto estas expresiones no están especialmente protegidas, por el contrario creemos que deberían revestir mayores cuidados para no vulnerar otros derechos como la dignidad, la reputación y el honor de terceros ya que no existe un interés social imperativo que les dote de una preferencia especial.

2. Antecedentes constitucionales sobre la libertad de expresión en Ecuador

Al hablar sobre los antecedentes constitucionales del derecho a la libertad de expresión en el Ecuador no podemos separar este derecho de los demás de su clase, es decir que la evolución del derecho a la libertad de expresión es la consecuencia de la evolución de los derechos humanos en su conjunto a nivel universal.

Desde la época colonial ya se conocía este derecho como tal, entre otros derechos fundamentales que se demandaban de la corona española, pues ésta limitaba mucho las libertades individuales de sus colonos. Ya en aquel entonces la monarquía habría institucionalizado la figura de la censura, prohibiendo a los colonos la adquisición de ciertos libros, además de la difusión de pensamientos e ideas revolucionarias que atentaban contra la autoridad de la monarquía. La corona española reconocía el poder de la expresión de ideas, pensamientos, información y opiniones, así como los criollos sabían el poder y la necesidad de difundir sus ideas.

En el texto de la carta magna de 1820 se puede ver a breves rasgos, en su preámbulo, ciertos ideales de libertad, sin embargo no se habla aún de libertades ni derechos individuales. Es la Constitución de 1830 la que recoge las primeras disposiciones sobre la libertad de expresión de la siguiente manera: “Todo ciudadano puede expresar y publicar libremente sus pensamientos por medio de la prensa, respetando la decencia y moral pública, y sujetándose siempre a la responsabilidad de la ley”. (Constitución Política de la República del Ecuador, 1830: art. 64). En adelante las siguientes constituciones mantienen el mismo o muy parecido texto pero con una tendencia a particularizar todos los aspectos que conlleva este derecho, por ejemplo en la Constitución de 1843 se habla ya de las

responsabilidades para quienes abusen de su derecho a expresarse libremente y desde la Constitución de 1945 algunas de las posteriores constituciones exhortan a la expresión sin censura previa.

En las Constituciones de 1945 y principalmente la de 1946, es cuando la libertad de expresión adopta un criterio más desarrollado y se le encarga a la ley su regulación:

“El Estado garantiza a los habitantes del Ecuador: (...) 11. La libertad de expresar el pensamiento, de palabra, por la prensa o por otros medios de manifestarlo y difundirlo, en cuanto estas manifestaciones no impliquen injuria, calumnia, insulto personal, sentido de inmoralidad o contrario a los intereses nacionales, actos que estarán sujetos a las responsabilidades y los trámites que establezca la ley. La Ley regulará el ejercicio de esta libertad, tomando en cuenta que el periodismo tiene por objeto primordial la defensa de los intereses nacionales y constituye un servicio social, acreedor al respeto y apoyo del Estado”. (Constitución Política de la República del Ecuador; 1946: art. 187 numeral 11).

Vemos como, si bien se reconocía este derecho, no se presentaba con la amplitud con la que se ha visto amparado hoy en día, inclusive por el avance tecnológico, es así que en ese entonces todavía no se reconocían el derecho a acceder al espacio público para expresarnos, ni la existencia de los medios sociales de comunicación, o la prohibición de medios indirectos de restricción a este derecho.

Veintiún años más tarde la Constitución de 1967 caracterizaría a la libertad de opinión, de expresión y de información como derechos de los ecuatorianos que son inherentes, o provienen de la naturaleza de la persona:

“Derechos garantizados.- Sin perjuicio de otros derechos que se deriven de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza: (...) 5. La libertad de opinión y la de expresión del pensamiento por cualquiera de los medios de comunicación colectiva, siempre que se respeten la ley, la moral y la honra de las personas. Este derecho se ejercerá tomando en cuenta que los medios de comunicación colectiva tienen por objeto primordial la defensa de los intereses nacionales y la difusión de la cultura, y que deben constituir un servicio social acreedor al respeto del Estado.

Ninguna autoridad o funcionario podrá suspender, clausurar, secuestrar o incautar publicaciones, imprentas u otros medios de comunicación colectiva. Tampoco se perseguirá o encarcelará, a pretexto de delitos cometidos por dichos medios, a sus directores, redactores y demás trabajadores y auxiliares, salvo resolución judicial. En cuanto a las publicaciones anónimas, se estará a las disposiciones. Toda persona natural o jurídica tiene derecho, con arreglo a la ley, a la rectificación gratuita de las aseveraciones o imputaciones falsas o calumniosas hechas por los medios de comunicación colectiva. (...)7. El derecho a la información y el libre acceso a sus fuentes, sin más limitaciones que la seguridad nacional del Estado y la vida privada de las personas”. (Constitución Política de la República del Ecuador, 1967: art. 28 numerales 5 y 7).

En la Constitución citada ya se hace referencia a los medios de comunicación social y se les atribuye como función principal, además de ser un servicio social y promover la cultura, defender los intereses nacionales y respetar al Estado. Hoy en día los medios de comunicación social tienen sin duda una función de carácter social pero la misma se fundamenta en los ciudadanos y la democracia, por eso es tan importante la opinión pública que fomenta el desarrollo de las personas y sostiene a los regímenes democráticos, en ese entonces parecería que el carácter social de los medios de comunicación se fundamentaba en el Estado y los intereses de la nación, pudiendo ser éstos contrarios a los intereses de sus habitantes y terminar en meros intereses políticos.

La siguiente Constitución de 1979, a nuestro juicio sufre un retroceso, pues se limita a garantizar el derecho a la opinión y a la expresión del pensamiento por los medios de comunicación, y a reconocer responsabilidades en caso de abuso, dejando de lado aspectos positivos de la anterior como: el reconocimiento del derecho a la información, el reconocimiento de este derecho como inherente al ser humano y la potestad de regulación de este derecho por la ley. Sin embargo es de notar la eliminación de la defensa de los intereses nacionales y respeto del Estado como objetivo de los medios de comunicación social. También se añade la negativa de inmunidades para los representantes de los medios de comunicación social en caso de abuso del derecho a la libertad de expresión.

Con lo recordado hasta aquí podemos llegar a la conclusión de que si bien los derechos fundamentales del hombre, en concreto el derecho a la libertad de expresión, son

reconocidos desde muy temprano por la mayoría de constituciones ecuatorianas, la inestabilidad jurídica y política que sufrió el país, especialmente en épocas de dictadura, ha sido un freno constante para el pleno ejercicio de los derechos, que en la práctica no llegaban a ser protegidos por el Estado; por el contrario, el derecho a la libertad de expresión fue vulnerado al antojo de mandatarios que restringían las libertades que este derecho engloba, en beneficio de intereses políticos o privados de unos pocos, que buscaban mantener el control del Gobierno y encontraban como medio más útil la violación de leyes, entre ellas la Constitución o la instauración de instrumentos opresores como las famosas juntas de censura cinematográfica. (Decreto Supremo No. 19, 1927).

Los derechos fundamentales fueron reconocidos e igualados a las garantías individuales. No existía una clara diferenciación entre derechos y garantías. Recién en la Constitución de 1998 se hace una diferenciación entre los derechos y las garantías⁸ que hacen efectivos los derechos que se protegen. Hasta esta Constitución se mantiene la división entre derechos civiles, políticos y económicos, siendo los primeros, los derechos civiles, los que contenían el derecho a la libre expresión, texto que decía:

“Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes (...) 9. El derecho a la libertad de opinión y de expresión del pensamiento en todas sus formas, a través de cualquier medio de comunicación, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en la ley. Toda persona afectada por afirmaciones sin pruebas o inexactas, o agraviada en su honra por informaciones o publicaciones no pagadas hechas por la prensa u otros medios de comunicación social, tendrá derecho a que estos hagan la rectificación correspondiente en forma obligatoria, inmediata y gratuita, y en el mismo espacio o tiempo de la información o publicación que se rectifica”. (Constitución Política de la República del Ecuador, 1998: art. 23 numeral 9).

Este artículo representaba los derechos de libertad de expresión y opinión, pero la Constitución de 1998 también protegía el derecho a la comunicación e información,

⁸ En palabras del doctor Ramón Burneo, los derechos tienen un contenido sustantivo propio y existen por sí mismos en la persona humana y su accionar, mientras que las garantías son recursos o procedimientos formales de carácter adjetivo que el Estado por medio de la ley o la Constitución diseña para salvaguardar y hacer efectivos los derechos. (Burneo, 2011).

aunque en el ámbito de los derechos económicos, donde también se prohibía la censura previa:

“El Estado garantizará el derecho a acceder a fuentes de información; a buscar, recibir, conocer y difundir información objetiva, veraz, plural, oportuna y sin censura previa, de los acontecimientos de interés general, que preserve los valores de la comunidad, especialmente por parte de periodistas y comunicadores sociales. Asimismo, garantizará la cláusula de conciencia y el derecho al secreto profesional de los periodistas y comunicadores sociales o de quienes emiten opiniones formales como colaboradores de los medios de comunicación. No existirá reserva respecto de informaciones que reposen en los archivos públicos, excepto de los documentos para los que tal reserva sea exigida por razones de defensa nacional y por otras causas expresamente establecidas en la ley. Los medios de comunicación social deberán participar en los procesos educativos, de promoción cultural y preservación de valores éticos. La ley establecerá los alcances y limitaciones de su participación. Se prohíbe la publicidad que por cualquier medio o modo promueva la violencia, el racismo, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y cuanto afecte a la dignidad del ser humano”. (Constitución Política de la República del Ecuador, 1998: art. 81).

La Constitución de 1998, al igual que la actual ya reconocía garantías constitucionales que protejan los derechos establecidos en ella, entre las cuales contemplaba: al *habeas corpus*, al *habeas data*, y a la acción de amparo.

La Constitución vigente hace una división más extensa de los derechos, entre los cuales se encuentran: los derechos de libertad, los derechos del buen vivir, los derechos de participación, los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, los derechos de la naturaleza, y los derechos de participación. Todas estas subdivisiones de los derechos buscan reconocer a los derechos fundamentales en cada una de estas facetas. Más adelante veremos las que involucran a nuestro derecho de libertad de expresión. Además, la Constitución de Montecristi, en su afán de garantizar el pleno ejercicio de los derechos consagrados en ella, y manteniendo la separación de su predecesora, entre derechos y garantías, ha ampliado estas últimas, adicionando: la acción de acceso a la información pública, acción por incumplimiento y la acción extraordinaria de protección.

A continuación se estudiará la normativa actual que envuelve el derecho a la libertad de expresión en el Ecuador.

3. Normativa nacional sobre el derecho a la libertad de expresión

La normativa ecuatoriana sobre libertad de expresión se encuentra regulada en la Constitución de la República, el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, la Ley de Ejercicio Profesional del Periodista, el Estatuto de la Federación Nacional de Periodistas, el Código de Ética Profesional del Periodista, la Ley de Radiodifusión y Televisión, entre otras menos relevantes.

3.1. Constitución

La Constitución ecuatoriana como la mayoría de textos constitucionales reconoce aquellos derechos naturales que existen antes del Estado, y aquellos que la Constitución reconoce y consagra, derivados de los primeros, es decir derechos naturales y derechos positivos respectivamente. Los primeros, los derechos naturales, como se menciona en el volumen I de la recopilación de conferencias y comunicaciones presentadas a las XVI Jornadas de Estudio sobre la Constitución Española, se conciben como:

“Un conjunto de valores objetivos, superiores al ordenamiento positivo. (...) Se los tiene como ideas o fundamentos hipotéticos de los que parten todas las Constituciones de los Estados occidentales. (...) son conquistas o adquisiciones de la civilización, una especie de derecho suprapositivo, pero asumido por consenso universal. (...). El derecho natural tal como es hoy entendido, es un sistema de valores sociales, anteriores a todas las Constituciones, comunes a la humanidad”.
(Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, 1995: pág. 3216).

De manera que el derecho natural es inherente al ser humano y se fundamenta en la naturaleza del hombre y sus principios ontológicos. Los derechos fundamentales del hombre son, entonces, entre otros: la vida, la igualdad, la integridad, y las libertades, entre estas últimas la libertad de expresión, y existen con prevalencia a los ordenamientos jurídicos de cualquier tipo.

Por otro lado, los derechos positivos, se derivan de la ley natural antes mencionada, regulándola y limitándola según las variadas circunstancias sociales. (Hervada, 2007: pág. 47). Las normas constitucionales que limitan y regulan los derechos fundamentales, por ejemplo, las garantías jurisdiccionales o las normas relativas a la organización del Estado, son netamente derecho positivo ya que interponen parámetros al ejercicio de los derechos en beneficio de todos, así como su correcta interpretación. Así lo sostiene la dirección general del servicio jurídico del Estado español:

“La interpretación basada en los derechos superiores es iusnaturalista y en tal sentido ha sido asumida por la Constitución: no se mueve fuera del ordenamiento, sino que ha de positivarse para poder tener eficacia, y esta operación la realiza la Constitución al recoger tales principios e incorporarlos al ordenamiento”. (Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, 1995: pág. 3222).

Ahora bien, la actual Constitución ecuatoriana entabla como deber principal del Estado garantizar el goce de los derechos que ésta y los Instrumentos Internacionales contemplan, es decir los derechos naturales, para lo cual fija los principios básicos de aplicación de todos los derechos⁹. En esta primera parte, además se crea la obligación de cualquier persona investida de potestad pública, para enmendar los derechos de particulares vulnerados por entidades y funcionarios públicos, judiciales y administrativos, en el desempeño de sus cargos; y se hace responsable al Estado por estos actos u omisiones que vulneren los derechos garantizados en la Constitución y en Instrumentos Internacionales, con la posterior acción de repetición que corresponda.

De esta responsabilidad que la Constitución pone sobre el Estado derivan las posteriores acciones que los organismos internacionales, facultados, tienen para demandar la

⁹ Estos principios se resumen de la siguiente manera: Todas las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades, colectivos, son titulares de éstos derechos y la naturaleza inclusive, de los derechos que le reconozca la Constitución; Se ejercen de forma individual o colectiva, ante las autoridades competentes que garantizarán su cumplimiento; Todas las personas son iguales y gozan de los mismos derechos, sin discriminación de ninguna clase; Estos derechos y garantías serán de directa e inmediata aplicación; Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos; Los servidores públicos deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia; Los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía; El reconocimiento de estos derechos no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento; El contenido de estos derechos se desarrollará de manera progresiva y el Estado generará y garantizará su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión que disminuya, injustificadamente el ejercicio de estos derechos; El más alto deber del Estado es respetar y hacer respetar estos derechos. (Constitución de la República del Ecuador, 2008: art. 11).

prevención y la reparación del Estado que haya incurrido en acción u omisión que vulnera los derechos humanos.

“Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en consecuencia: (...)7. Exige el respeto de los derechos humanos, en particular de los derechos de las personas migrantes, y propicia su pleno ejercicio mediante el cumplimiento de las obligaciones asumidas con la suscripción de instrumentos internacionales de derechos humanos”. El subrayado nos pertenece. (Constitución de la República del Ecuador, 2008: art. 416 numeral 7).

En este apartado también nos parece importante señalar el alcance que en la actualidad, la norma constitucional le otorga a los derechos humanos y a los Instrumentos Internacionales relacionados con esta materia. Pues bien, la innovación respecto de la Constitución de 1998, radica en la amplitud y alcance que ahora tienen los Instrumentos Internacionales de derechos humanos y con ello el mayor grado de protección de estos derechos. La Constitución vigente establece que:

“Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008: art. 417).

“La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008: art. 424).

De los citados artículos de la Constitución se desprende que los tratados o Instrumentos Internacionales de derechos humanos son jerárquicamente superiores inclusive que la propia Constitución, cuando estos reconozcan derechos más favorables para el ser humano; lo cual imposibilitaría la adopción de prácticas restrictivas o la despositivización de derechos reconocidos y tutelados por instrumentos internacionales aún cuando se pretenda legalizar estas prácticas mediante reformas a la Constitución.

La Constitución ecuatoriana establece que las normas nacionales e internacionales sobre derechos humanos son de directa aplicación y cumplimiento, de manera que las autoridades competentes no podrán alegar falta de ley, o desconocimiento para conculcar estos derechos.¹⁰ Según nuestro criterio, los jueces y tribunales ecuatorianos deberán tener un ojo puesto, en todas las sentencias, informes y recomendaciones que los instrumentos internacionales de derechos humanos emitan, ya que a diferencia de la anterior Constitución, la actual Constitución creó una garantía jurisdiccional especial para tratar el incumplimiento de estas normas de carácter Internacional, y las normas que integran el sistema jurídico ecuatoriano, misma que reza:

“La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008: art. 93).

Esta garantía jurisdiccional, que es competencia de la Corte Constitucional (Constitución de la República del Ecuador, 2008: art. 436) busca el ejercicio eficaz e inmediato de los derechos reconocidos en la Constitución e Instrumentos Internacionales de derechos humanos, así como incentivar el sigilo correspondiente de la normativa nacional y las sentencias, informes y decisiones de los Instrumentos Internacional de derechos humanos,

¹⁰ “Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desecharla acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008: art. 426).

por parte de los jueces y tribunales; so pena de que este incumplimiento repercuta por lo menos, en sanciones administrativas para los responsables¹¹.

Una vez fijados los principios y el alcance constitucional para la aplicación de los derechos humanos en general, repasaremos particularmente la norma constitucional que hace alusión al derecho a la libertad de expresión.

La Constitución del Ecuador no tiene un acápite específico para el derecho a la libertad de expresión dentro del título que trata sobre los derechos, a diferencia de otras constituciones como la Constitución española, que en su capítulo sobre los derechos y las libertades, contempla un artículo específico e individualizado que reconoce la libertad de expresión, y en éste, de forma general, los diferentes derechos que conforman la libre expresión. Contrario a la Constitución española, en la Constitución ecuatoriana, existe un conglomerado de derechos que engloban el derecho a la libertad de expresión, y se encuentran a lo largo de toda la carta política. En este sentido, encontramos que el derecho de libertad de expresión se encuentra sustentando en: los derechos del buen vivir, los derechos de participación y los de libertad, de la siguiente manera.

En primer lugar, se encuentra en algunos de los derechos que garantizan el “buen vivir” de los seres humanos, como individuos y en sociedad, estos son: el derecho a la comunicación, el derecho a la información, el derecho a la cultura, el derecho al arte, el derechos a la propiedad sobre producciones artísticas, el derecho a la ciencia, el derecho a la educación, etc. En segundo lugar, el derecho a la expresión, se encuentra inmerso en ciertos derechos de participación tales como: el derecho a participar en asuntos de interés público, el derecho a elegir y ser elegidos, el derecho a presentar proyectos públicos, el derecho a ser consultados, el derecho a poder fiscalizar los actos del poder público, el derecho a conformar partidos y movimientos políticos, el derecho a revocar el mandato de las autoridades públicas, el derecho al sufragio, etc; y, en tercer lugar, encontramos a los derechos de libertad, que contienen al derecho a la libertad de expresión principalmente al

¹¹ “Responsabilidad y repetición.- Declarada la violación del derecho, la jueza o juez deberá declarar en la misma sentencia la responsabilidad del Estado o de la persona particular. En el caso de la responsabilidad estatal, la jueza o juez deberá remitir el expediente a la máxima autoridad de la entidad responsable para que inicie las acciones administrativas correspondientes, y a la Fiscalía General del Estado en caso de que de la violación de los derechos declarada judicialmente se desprenda la existencia de una conducta tipificada como delito. Si no se conociere la identidad de la persona o personas que provocaron la violación, la jueza o juez deberá remitir el expediente a la máxima autoridad de la entidad pública para que determine sus identidades”. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009: art. 20).

garantizar los siguientes: el derecho a una vida digna, el derecho a la igualdad, el derecho a opinar, el derecho a la libertad de credo e ideología, el derecho a tomar decisiones libres, el derecho a la objeción de conciencia, el derecho a asociarse, reunirse y manifestarse libremente, el derecho a dirigir quejas y peticiones, entre otros.

A pesar de que consideramos que todos los derechos antes mencionados necesitan del derecho a la libertad de expresión para ser plenamente ejercidos, hemos seleccionado para su estudio constitucional, aquellos derechos que están directamente relacionados con la libertad de expresión, y sin ella pierden por completo su razón de ser, éstos son los siguientes:

3.1.1. Comunicación

Este derecho se encuentra enunciado en el capítulo II, *Derechos del Buen Vivir*, sección tercera, *Comunicación e Información*, artículo 16; y nos dice que las personas, de forma individual y colectiva tienen derecho a:

“1. Una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, en todos los ámbitos de la interacción social, por cualquier medio y forma, en su propia lengua y con sus propios símbolos. 2. El acceso universal a las tecnologías de información y comunicación. 3. La creación de medios de comunicación social, y al acceso en igualdad de condiciones al uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, y a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas. 4. El acceso y uso de todas las formas de comunicación visual, auditiva, sensorial y a otras que permitan la inclusión de personas con discapacidad. 5. Integrar los espacios de participación previstos en la Constitución en el campo de la comunicación”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008: art. 16).

La comunicación además se garantiza específicamente para ciertos grupos de atención prioritaria. Para las personas con discapacidades a quienes no les es fácil el acceso y difusión de la comunicación en igual medida que una persona sin discapacidad, se prevé mecanismos que faciliten el acceso a este derecho, como el promover el lenguaje de señas, el oralismo y el sistema braille. Para las personas privadas de libertad se garantiza la plena

comunicación tanto con familiares como con profesionales del derecho con lo cual se restringe por completo el aislamiento; así también para las comunidades, pueblos y nacionalidades que habiten el territorio ecuatoriano se garantiza la creación de sus propios medios de comunicación y la difusión mediante otros medios de comunicación, a cerca de su cultura, tradiciones e historia.

3.1.2. Información

Se encuentra en el capítulo II *Derechos del Buen Vivir*, sección tercera, *Comunicación e Información*, artículo 18; y nos dice que las personas, de forma individual y colectiva tienen derecho a:

“1. Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior. 2. Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008: art. 18).

La Constitución protege el derecho que tenemos las personas para acceder a la información de entidades públicas y privadas, de forma adecuada y veraz, siendo que el carácter reservado de la información deberá ser declarado antes de que ésta sea solicitada.

La sección tercera del capítulo II del título II, al hablar de comunicación e información, garantiza la pluralidad y diversidad de estos derechos mediante la entrega de frecuencias en forma igualitaria; la facilidad a la hora de la creación de los mismos, así como la prohibición de oligopolios y monopolios sobre la propiedad de los medios de comunicación; la regulación de contenidos junto con la prohibición de cierta publicidad; y la objeción de conciencia, secreto profesional y reserva de fuente. Todos estos derechos positivos que deben ser regulados por la Ley.

3.1.3. Producción, creación y difusión del arte, ciencia y cultura

El arte, la cultura y la ciencia son formas de expresión que se encuentran garantizadas por la Constitución bajo el título VII *Régimen del Buen Vivir*, capítulo I *Inclusión y Equidad*, sección quinta, *Cultura*, artículos 377, 378 y 379. En estos enunciados vemos como la producción creación y difusión artística se garantiza, y se promueve desde el punto de vista de la protección al patrimonio cultural del Estado, es decir desde la dimensión social, sin embargo en el título II *Derechos*, capítulo II *Derechos del buen vivir*, sección cuarta, artículo 22, 23 y 24 se garantizan estos derechos desde su dimensión individual, al promover y difundir sus expresiones, literarias o artísticas para el desarrollo de su personalidad, así como acceder a los espacios públicos para su difusión y deliberación. Sin libertad de expresión este derecho queda completamente conculcado, siendo imposible la producción y creación artística.

3.1.4. Libertad ideológica y de culto

El derecho a expresar abiertamente nuestros pensamientos ideológicos y nuestras creencias religiosas o de culto es parte integrante del desarrollo de la personalidad de los individuos, y de tal manera se encuentra garantizado en el artículo ocho del capítulo VI *Derechos de Libertad*, del título II *Derechos*, de la Constitución. Nos dice que tanto la ideología como la religión y creencias de un individuo pueden practicarse, profesarse, y difundirse en público o en privado sin limitación alguna a excepción de las que prevea la ley y en atención a los derechos de los demás.

Si bien es cierto que la ideología, religión y creencias no son más que un tema, como lo son tantos miles de otros que también se encuentran protegidos por la libertad de expresión, es el contexto histórico en que estos temas específicos se han desenvuelto, el que hace que tanto constituciones políticas como organismos e instrumentos internacionales, le den un trato especial y preponderante a este aspecto natural del hombre.

En nombre de las diferentes religiones, creencias e ideologías políticas el mundo entero se ha visto en ocasiones sumido en grandes cadenas de violaciones a los derechos humanos como la vida, la libertad de expresión, la integridad personal entre otros. Esto debido al grado de efervescencia que estos temas causan en los seres humanos por estar relacionados

con la búsqueda de la perfección, la verdad y la felicidad, objetivos naturales del hombre. Es por esta razón que no resulta injustificada y excesiva la protección específica que se ha buscado darles a estos temas en particular, a nivel mundial.

3.1.5. Prensa, imprenta y opinión

En la carta política ecuatoriana no se hace alusión sobre el derecho a la libertad de prensa e imprenta, o sobre el derecho a la libertad de opinión en forma específica, por lo que se entiende que todo en cuanto se refiere a medios de comunicación conlleva implícito a la prensa escrita y, según el artículo 20 de nuestra Constitución, las opiniones que se difundan en ella. Sin embargo cabe mencionar que otros países sí citan explícitamente este derecho, en sus Constituciones. Por ejemplo, la Constitución chilena en su artículo 19 establece:

“La Constitución asegura a todas las personas: (...)12° La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado. La ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social. Toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por el medio de comunicación social en que esa información hubiera sido emitida. Toda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley (...)”.

(Constitución de la República de Chile, 1980: art. 19 literal 12).

En este sentido, también la Constitución argentina, menciona que: “El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal”. (Constitución de la Nación Argentina, 1994: art. 32).

3.2. Código Penal

En el caso del derecho a la libertad de expresión, las normas que contempla el derecho penal ecuatoriano son las siguientes:

“Art. 178.- La autoridad que, por medios arbitrarios o violentos, coartare la facultad de expresar libremente el pensamiento, será reprimida con prisión de uno a cinco años e interdicción de los derechos políticos por un tiempo igual al de la condena”. (Código Penal ecuatoriano, 2009: art. 178).

Este artículo claramente justifica el alto grado de responsabilidad que tienen las autoridades frente a los derechos de los ciudadanos, debido a que las autoridades públicas, tienen por lo general mayor capacidad de usar medios que vulneren en este caso el derecho a la libertad de expresión de los ciudadanos. En cuanto a las sanciones por violación de la expresión escrita encontramos que: “El que impidiere o estorbare la libre circulación de un libro, periódico o impreso, que no sean anónimos, será reprimido con prisión de seis meses a dos años”. (Código Penal ecuatoriano, 2009; art. 179).

Este artículo de la ley penal busca proteger las expresiones que se originan mediante diarios, libros, periódicos y demás medios impresos, de cualquier tipo de prohibición a su circulación y por ende vulnerar la libertad de expresión, sin embargo señala que para que la publicación tenga esta protección es necesario que ésta tenga una conocida autoría y el texto no sea anónimo.

Ahora bien, existen exenciones legales explícitas acerca de las circunstancias en las que prevalece el derecho a la libertad de expresión frente otros derechos como el derecho a la honra. Este es el caso de aquellas expresiones que se difunden ante jueces o tribunales, dentro de la defensa de una causa, como la tacha de testigos, más siempre con determinados límites¹²; y aquellas expresiones injuriosas que profieran los ascendientes a sus descendientes, o los tutores a sus pupilos, siempre que las expresiones no sean calumniosas¹³.

¹² “Art. 500.- (Reformado por el Art. 147 de la Ley 2002-75, R.O. 635, 7-VIII-2002).- No darán lugar a la acción de injuria los discursos pronunciados ante los jueces o tribunales, cuando las imputaciones se hubieren hecho en fuerza de la defensa de la causa; como si se ponen tachas a los testigos del adversario y se prueban, para enervar el valor de su testimonio. Sin embargo, los jueces podrán, ya sea de oficio, o a solicitud de parte, mandar que se devuelvan los escritos que contengan injurias de cualquier especie; aperebrir a los abogados o a las partes, y aun imponerles multa hasta de dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norte América aplicando al efecto las reglas de la Ley Orgánica de la Función Judicial. Las imputaciones extrañas a la causa dan lugar a la acción correspondiente, sin perjuicio de la multa de que se habla en el inciso anterior”. (Código Penal Ecuatoriano, 2009: art. 500).

¹³ “Art. 502.- No cometen injuria: los padres ni los ascendientes, respecto de sus hijos y descendientes; ni los tutores, curadores, patronos, maestros, directores o jefes de los establecimientos de educación, corrección o castigo, respecto de sus pupilos, trabajadores, discípulos o dependientes, a menos que la injuria sea de las calificadas como calumniosas. En este caso específico y siempre que no se configure una injuria calumniosa, la expresión de injuria que dicen los padres, ascendientes, tutores, curadores, patronos, maestros, directores, y jefes de establecimientos de educación, correccionales

Estos artículos del Código Penal hacen referencia a las acciones que configura la vulneración a la libertad de expresión, con su respectiva sanción; pero también analizaremos en su momento los casos en que se sanciona penalmente al ejercicio de la libre expresión en razón de haber vulnerado otro derecho fundamental como es la reputación y la honra de las personas.

3.3. Código de Procedimiento Penal

En relación a la normativa de procedimiento penal reformada por la Asamblea Nacional en el año 2009, encontramos todo un capítulo que trata sobre los delitos cometidos por los medios de comunicación, en ejercicio de la libertad de expresión, que se enmarca del artículo 383 al 389. Estas normas de procedimiento penal, que tratan sobre la responsabilidad en que incurren los medios de comunicación y sus directores, por determinadas expresiones, sostienen que:

“El director, editor, dueño o responsable de un medio de comunicación responderá por la infracción que se juzga y contra él se seguirá la causa, si no manifestare, cuando el Fiscal lo requiera, el nombre del autor, reproductor o responsable de la publicación. Igualmente serán responsables cuando el autor de la publicación resultare o fuere persona supuesta o desconocida, menor de dieciocho años o personas con manifiesta y conocida alteración de sus facultades mentales. Los directores, administradores o propietarios de las estaciones de radio y televisión están obligados a remitir, cuando el Fiscal lo requiera, los filmes, las videocintas o las grabaciones de sonidos. De no hacerlo, el proceso se seguirá contra ellos”. (Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, Quito; 2009; art. 384).

Creemos que esta extensión de responsabilidad (del autor de la expresión, al director, editor o dueño responsable) se produce con el afán de precautelar la reputación y la honra de las personas, ya que al difundirse falsas o erróneas informaciones, la persona afectada tiene la posibilidad de ejercer acciones contra quién en el ejercicio de su profesión no actuó con cautela debida o pretendía causar daño, sin embargo deja desprotegido el derecho de los medios de comunicación a reservar la identidad de sus fuentes. En definitiva, con esta

o de castigo; a hijos, descendientes, pupilos, trabajadores, discípulos o dependientes; está protegida por la ley penal al despenalizar para estos casos, el delito de injuria”. (Código Penal Ecuatoriano, 2009: art. 500).

disposición, los medios de comunicación y sus representantes, deben controlar que se cumplan ciertos parámetros básicos de moral, buenas costumbres, ética profesional, e investigación de sus fuentes, pues de lo contrario también serán responsables junto con el autor de la publicación por los daños que las expresiones falsas, erróneas o maliciosas lleguen a causar. Es importante tomar en cuenta que esta tarea de control no recaiga en la censura previa de la información y la opinión de quienes trabajan para los medios de comunicación social.

Como podemos ver, esta normativa procesal hace referencia a delitos cometidos por los medios de comunicación, por el uso abusivo del derecho a la libertad de expresión, mas no pudimos encontrar disposiciones de carácter procesal penal que además de controlar el ejercicio abusivo del derecho en cuestión, busquen precautelarlos.

3.4. Ley de radiodifusión y televisión

Esta ley expedida en 1975 y reformada por última vez en octubre de 2011, busca regular la actividad de los canales de radiodifusión y televisión en el país. Para esta tarea señala los organismos que regulan éstos ámbitos, sus competencias, las normas que deben cumplir los canales de difusión radial y televisiva, los parámetros de las concesiones, las programaciones, sus restricciones y prohibiciones, las tarifas por concesión, la producción y la titularidad de los derechos de las mismas. Además trata sobre la función social que cumplen los medios de televisión y radiodifusión, su estructura interinstitucional, el ámbito laboral y las sanciones en que incurrir los medios de comunicación en caso de violentar disposiciones de ésta ley.

Uno de los aspectos más destacados de la Ley, es la creación de “el Consejo Nacional de Radiodifusión y televisión”, actual Consejo Nacional de Telecomunicaciones, encargado de controlar y supervisar que dichos medios no sobrepasen los límites del derecho a la libertad de expresión, así como controlar que se respete a nivel gubernamental este derecho, mediante los medios de comunicación. Es así que establece:

“Son atribuciones del Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión: (...) g) Velar por el pleno respeto a las libertades de información, de expresión de pensamiento y de programación, así como al derecho de propiedad en la

producción, transmisiones o programas, a que se refiere esta Ley;(…)”. (Ley de Radiodifusión y Televisión, 1975: art. 5E numeral g).

En esta ley, al igual que en la ley de procedimiento penal, se menciona la responsabilidad en que incurren los representantes de los medios de comunicación social que realicen expresiones contenidas en una infracción penal; pero es claro al sostener que en estos casos, la concesión no será afectada por las penas que deban afrontar las personas responsables. En la reforma no se menciona específicamente la responsabilidad que tienen los representantes legales de las estaciones como se hace en la ley de procedimiento penal, al contrario de lo que decía el texto original, que atribuía a éstos últimos la responsabilidad de las expresiones vertidas, generando una especie de censura previa. Con el texto antiguo, la responsabilidad de la persona que emitía la expresión, era extensiva a los representantes legales de la estación lo cual daba la potestad a los representantes legales de revisar con anterioridad las expresiones que iban a ser difundidas, y de ser el caso restringir a su juicio la difusión de ciertas expresiones.

Artículo 41. Texto anterior	Artículo 41. Texto actual
<p>“Los concesionarios y representantes legales de las estaciones, son responsables por las expresiones, actos o programas que atenten contra la seguridad nacional interna o externa, los intereses particulares, el orden público, la moral y buenas costumbres, de acuerdo con la Ley, así como las disposiciones permanentes o temporales que dicten las autoridades nacionales o locales pertinentes”. (Ley de Radiodifusión y Televisión, 1975: ex. art. 18).</p>	<p>“La responsabilidad por los actos o programas o las expresiones vertidas por o a través de las estaciones de radiodifusión y/o televisión tipificados como infracciones penales, será juzgada por un juez de lo penal previa acusación particular, con sujeción al Título VI, Sección Segunda, Parágrafo Primero del Código de Procedimiento Penal Común. <u>Ni la concesión en sí, ni el funcionamiento de la estación serán afectados por las penas que los jueces o tribunales impongan a las personas responsables.</u> Las demás infracciones de carácter técnico o administrativo en que incurran los concesionarios o las estaciones, serán sancionadas y juzgadas de conformidad con esta Ley y los reglamentos” Lo subrayado nos pertenece. (Ley de Radiodifusión y Televisión, 1975: art. 5E numeral g).</p>

Como vamos a ver con posterioridad, la censura previa es una restricción a la libertad de expresión, de manera que las expresiones, de cualquier tipo, que vayan a ser difundidas en radio o televisión no pueden ser sometidas a un examen previo, (a no ser de los casos

explícitamente permitidos por la ley y tratados internacionales) y por ende los únicos responsables de las mismas pueden ser quienes las difunden.

Sabemos que la libertad de expresión se ejerce tanto para profesionales en el ejercicio de la radio y televisión como para quienes, sin necesidad de pertenecer a un medio de comunicación, los utilizan para expresarse y ejercer así su derecho individual y social. Existen entonces programas en donde intervienen ciudadanos comunes para dar su opinión e informar, estos ciudadanos podrían en cualquier caso abusar de su derecho, haciéndose acreedores de una sanción que sería definitivamente arbitraria si la tuviese que compartir con el representante legal de la estación. Creemos que este criterio ha sido tomado en cuenta por el legislador en la reforma a esta ley.

3.5. Ley de ejercicio profesional del periodista

Esta ley publicada el 30 de septiembre de 1975 ha regido hasta nuestros días, y busca proteger a los periodistas ecuatorianos para que se expresen con libertad y lleguen a los ciudadanos que son los responsables de la creación de la opinión pública y con esto la sustentación de la democracia.

En su primera parte trata sobre el periodista profesional y los cargos de desempeño exclusivo de los periodistas profesionales, para después hablar sobre la administración, funcionamiento, y competencias de la Federación Nacional de Periodistas como organización privada en función del gremio. Trata también de los organismos que componen la Federación, que son: Asamblea Nacional, Comité Ejecutivo Nacional, Colegios Provinciales y Tribunales de Honor. Sin embargo, lo que más ha llamado nuestra atención respecto esta ley es la protección que en su artículo 34 otorga a la fuente de información de los periodistas, al sostener que: “Salvo los casos expresamente determinados en la Ley y en el Código Penal, ningún periodista profesional será obligado a revelar la fuente de información”. (Ley del ejercicio profesional del periodista, 1975: art.34).

3.6. Estatuto de la federación nacional de periodistas

El estatuto de la federación, hace una regulación que se origina en la ley de ejercicio profesional del periodista y busca definir los parámetros específicos de la federación. A decir de su finalidad en el artículo tercero numeral primero, hace referencia explícita a la libertad de expresión:

“Art. 3 Son Finalidades de la Federación Nacional de Periodistas. 1. Velar por el respeto a la libertad de expresión y el derecho al pueblo a una información objetiva, veraz y oportuna (...)”. Estatuto de la Federación Nacional de Periodistas del Ecuador, 1979: art. 3).

Además el estatuto especifica las atribuciones de los órganos que componen a la federación: Asamblea Nacional, Comité Ejecutivo Nacional, Colegios Provinciales, y Tribunales de Honor. Define quienes son miembros de la Federación, y el manejo de los fondos recaudados por los órganos competentes.

3.7. Código de ética profesional del periodista

Este código, aunque no tiene carácter de ley sustenta una significativa declaración de principios de los periodistas y en general busca guiar la ética profesional de los periodistas en relación con el Estado, la comunidad en la que se desenvuelven, su lugar de trabajo, y el entorno internacional; es por eso que hemos creído oportuno enunciarlo.

Con respecto al derecho a la libertad de expresión hace especial énfasis en la responsabilidad que tiene el periodista de defender este derecho, especialmente en función de los sectores más limitados al acceso de los medios de comunicación social.

“El periodista está obligado a defender el derecho y el ejercicio de la libertad de expresión de todos los sectores de la comunidad, especialmente de los marginados de la comunicación social”. (Código de Ética Profesional del Periodista, 1980: art. 7).

Además instituye al periodista como guardián de la vigencia del derecho a la libertad de expresión frente al Estado, rechazando cualquier imposición ilegítima de éste.

4. Normativa internacional sobre el derecho a la libertad de expresión

No son pocos los tratados, convenios y declaraciones internacionales que hacen referencia al derecho que tenemos las personas de, expresarnos libremente y recibir libremente los pensamientos e ideas de otros. Este capítulo pretende identificar algunos de los instrumentos internacionales que siendo ratificados por el Ecuador, buscan precautelar el derecho a la libertad de expresión.

4.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José fue celebrada en Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969 como consecuencia de las decisiones tomadas en la Tercera Conferencia Interamericana extraordinaria realizada en Buenos Aires, Argentina en 1967. Fue creada como iniciativa de los países americanos para precautelar los derechos esenciales del hombre en virtud de sus atributos como ser humano y no por ser nacional de determinado Estado. Los países integrantes de la Organización de Estados Americanos (OEA), resolvieron crear este organismo que en la actualidad ha sido ratificado por 25 países y entró en vigor el 18 de julio de 1978. El Ecuador por su parte fue el sexto Estado americano que ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el 8 de diciembre de 1977.

En su primera parte, el Pacto de San José se refiere al compromiso que adquieren los Estados para proteger los derechos y libertades consagrados en este instrumento, a quienes estén bajo su jurisdicción, y sin discriminación. En este sentido sostiene:

“Obligación de Respetar los Derechos: 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969: art 1).

Compromete también a los Estados miembros a adoptar las medidas legislativas necesarias para cumplir con el ejercicio de estos derechos y libertades, en caso de que estas no se encuentren ya contempladas en sus legislaciones, para lo cual señala:

“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969: art 2).

El siguiente capítulo de la Convención, que trata sobre los derechos civiles y políticos, contiene disposiciones generales sobre los derechos irrenunciables de las personas y es el artículo trece, referente a la libertad de expresión, el que nos compete tener en cuenta a lo largo de todo este trabajo, mismo que resguarda este derecho al proclamar que:

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

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

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

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

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

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

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969: art 13).

Para determinar el alcance de protección que contiene este artículo creemos importante compararlo con el artículo sobre la libertad de expresión que contempla la Convención Europea de Derechos Humanos ya que ambos son instrumentos cuyos enunciados buscan los mismos objetivos, la protección de los derechos humanos; y sólo varían en cuanto a su aplicación regional.

Al comparar este artículo con el artículo que trata sobre la libertad de expresión, de la Convención Europea de derechos Humanos,¹⁴ podemos decir sin temor a equivocarnos que la Convención Americana ha sido más prolija en cuanto a detallar en mayor profundidad este derecho. La Convención Americana sobre Derechos Humanos hace mención no solo al hecho de recibir y comunicar informaciones o ideas sino también al ejercicio de buscar libremente la información. Lo que si pudimos observar en descrédito de nuestra Convención, es que ésta no menciona una protección específica a la opinión, como si lo hace la Convención Europea cuando señala que: “(...) Este derecho comprende la libertad de opinión (...)”. (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, 1950: art.10).

Por otro lado la Convención Americana sobre Derechos Humanos trata en su artículo 13 sobre la prohibición de la censura previa, instaurando a su vez la aplicación de responsabilidades ulteriores previstas en la ley, mientras que en el inciso segundo del artículo 10 de la Convención Europea se deja abierta la posibilidad de censurar las

¹⁴ "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”. (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, 1950: art.10)

expresiones, de estar previamente señaladas en la ley las formalidades, condiciones o restricciones que sustenten la medida. Por esta razón creemos que en nuestro beneficio, la prohibición de censura previa en la Convención Americana es más estricta que en la europea.

Posterior a los derechos y libertades tenemos el capítulo tercero, que trata sobre los derechos económicos sociales y culturales y el capítulo cuarto que habla sobre la suspensión de garantías y la interpretación y aplicación de la Convención, donde se aclara qué derechos pueden ser suspendidos en determinadas circunstancias y qué derechos no. En cuanto al derecho a la libertad de expresión, este derecho puede ser suspendido, en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969: art 27). Además la Convención detalla los parámetros a seguir para la correcta aplicación de estas suspensiones, y el alcance de las restricciones¹⁵. Esta primera parte concluye con el capítulo V correspondiente a los deberes de las personas.

La segunda parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos trata sobre los medios de protección a los derechos y garantías enunciadas en la primera parte, para lo cual señala los órganos competentes: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Enumera su organización; sus funciones; competencias y procedimientos; tanto para la interposición de peticiones o comunicaciones en caso de intervenir la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; o decisiones, consultas, opiniones y veredictos finales en caso de intervenir la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Reconociendo específicamente la vigencia tanto del artículo 45 como del artículo 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Ecuador aceptó la competencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos el 24 de julio de 1984, y la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 13 de agosto del mismo año. (<http://www.cidh.org/basicos/Basicos3.htm>, recuperado: 15 septiembre 2011).

¹⁵ “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969: art 30).

Finalmente, se tratan disposiciones comunes, generales y transitorias que regulan la entrada en vigor de la Convención y los órganos encargados de la protección de los derechos aquí contenidos.

4.2. Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión

En octubre del año 2000 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión a cargo de la Relatoría para la Libertad de Expresión. Esta declaración de principios busca la efectividad a la hora de proteger este derecho, pero al mismo tiempo pretende ser una ayuda a la hora de interpretar el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que se ha nutrido de las principales recomendaciones de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, e incorpora al sistema los estándares internacionales sobre la libertad de expresión. A manera de resumen expondremos brevemente de lo que trata cada uno de ellos, sin perjuicio de que el lector pueda acudir al anexo “B” de este trabajo donde se encuentra íntegramente cada uno de los principios, promulgados.

1. Sobre la importancia de la libertad de expresión (en todas sus formas) en función de la democracia y como instrumento de participación y control de la ciudadanía.
2. Sobre la igualdad de oportunidades para el ejercicio íntegro de este derecho sin discriminación.
3. Sobre el acceso a la información y la posibilidad de expresarse libremente (*habeas data*).
4. Sobre el acceso a la información pública u oficial, que se encuentra en poder del Estado, en función de la transparencia de la administración. Las causales aceptables por las que el Estado podría limitar excepcionalmente este derecho, dentro de parámetros establecidos previamente en la Ley.
5. Sobre la censura previa y la imposición arbitraria de ideas y opiniones como restricciones que violan el derecho a la libertad de expresión.
6. Sobre la colegiatura obligatoria o títulos previos, para el ejercicio de la profesión periodística.
7. Sobre condicionamientos previos al ejercicio de una libre expresión. Toda información está protegida sin condición alguna.

8. Sobre el derecho a la reserva de fuentes en función de la ética profesional del comunicador.
9. Sobre la intimidación a los periodistas, la destrucción material de los medios de comunicación, y la posterior acción del Estado frente a estos hechos.
10. Por la importancia de este principio, se lo transcribe literalmente a continuación:

“Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas”. (Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, 2000: principio 10).

Este principio precisa sobre todos los aspectos que se toman en consideración en este trabajo de investigación. Se refiere a la prevalencia del derecho a la investigación y posterior difusión, frente al de reputación y privacidad, cuando se trata de asuntos de interés público; trata sobre la responsabilidad civil como mecanismo preferente de responsabilidad ulterior en los casos en los que el abuso de la libertad de expresión verse sobre asuntos de interés público, funcionarios públicos o particulares que discutan sobre estos temas; y finalmente, sobre asuntos de interés público, menciona la doctrina de la real malicia mediante la cual se sanciona sólo el abuso a la libertad de expresión que ha sido cometido con malicia o intención de dañar, y la *exceptio veritatis* o excepción de verdad por medio de la cual se sanciona el abuso de la libertad de expresión que versa sobre asuntos de interés público, cuando estas expresiones no son verdaderas y han sido emitidas sin cuidado en la búsqueda de la verdad. Más adelante se justificará con amplitud estos aspectos.

11. Sobre la incompatibilidad de las leyes de desacato con el Sistema Interamericano, ya que las figuras públicas deben estar sujetas a un mayor escrutinio por parte de la sociedad y no al revés.
12. Sobre la válida existencia de leyes anti-monopólicas que regulen la propiedad y el control sobre los medios.
13. Sobre el abuso del poder del Estado en la utilización de los medios, y las presiones directas e indirectas del Estado frente a los medios.

4.3. Declaración de Chapultepec

Esta declaración contiene 10 principios que tratan sobre el papel de la libertad de expresión en función de la democracia. Estos principios sostienen entre otras cosas, que no hay sociedades libres sin libertad de prensa y expresión, para lo cual resulta indispensable el poder buscar, recibir y difundir libremente informaciones y opiniones por cualquier medio.

Tratan sobre la obligación que tienen las autoridades de permitir el acceso a la información pública; e inhibirse de obligar a los periodistas a revelar las fuentes de su información. También se declara la clara obstrucción a la libertad de expresión que representa cualquier tipo de violencia contra los periodistas, los medios de comunicación y su equipo de trabajo, por lo cual es tarea de las autoridades la investigación de este tipo de represión con el objeto de que ningún crimen contra estos profesionales quede impune.

Expone las medidas restrictivas y los castigos ilegítimos que se imponen a la libertad de expresión y de prensa entre los cuales menciona: la censura previa, la discriminación de los periodistas y las prácticas favorables hacia los periodistas en función de su línea editorial. Habla a su vez, sobre el carácter voluntario y no obligatorio de la colegiatura de estos profesionales y los medios de comunicación social; y que ningún medio debe ser sancionado si difunde la verdad sobre asuntos públicos, siendo que la credibilidad de la prensa es premiada o castigada por la opinión pública según su compromiso con la verdad, precisión, imparcialidad y equidad. (Declaración de Chapultepec, 1994).

4.4. Declaración Universal de Derechos Humanos

La Declaración Universal de Derechos Humanos como su nombre lo indica es un instrumento a nivel universal, que nace el 10 de diciembre de 1948 producto de beligerancias pasadas que cobraron la vida de muchos seres humanos, concretamente hablamos de los acontecimientos vividos durante la I y II guerra mundial. Es así que la Asamblea General de las Naciones Unidas, resuelve crear este instrumento con el fin de promover la paz entre las naciones y el respeto por los derechos del hombre. El Ecuador fue uno de los 48 países que aprobó esta declaración en sus inicios.

Este instrumento, de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, no tiene un estricto nivel jurídico vinculante para los Estados miembros, más bien es un ideal por el que los Estados deben esforzarse ya que han sido sus creadores. Sin embargo, muchos de ellos han adoptado estos principios dentro de sus Constituciones. La Declaración Universal de Derechos Humanos consagra el derecho a la libertad de expresión en su artículo 19, mismo que al igual que otros instrumentos, lo protege en sus dos dimensiones: la de recibir y la de difundir informaciones y opiniones. El artículo citado sostiene que:

“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”. (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948: art. 19).

En vista de que la Declaración Universal tiene tan solo una obligatoriedad moral para los Estados, en el año 1976 entraron en vigor el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales con sus respectivos protocolos opcionales, con el objetivo de dar obligatoriedad jurídica al texto establecido en la Declaración.

4.5. Pactos Internacionales de Derechos Humanos

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), son de carácter vinculante para los Estados signatarios. Junto con sus respectivos protocolos facultativos y la Declaración Universal de Derechos Humanos forman parte de la Carta Internacional de Derechos

Humanos, sin embargo es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo los instrumentos que más competen a esta investigación.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue creado para interponer una base jurídica con criterio vinculante para los Estados miembros, frente a los derechos que en él y en la Declaración Universal de Derechos Humanos se consagran, para lo cual también se hizo necesario su protocolo facultativo. Se divide en seis partes que tratan sobre: la determinación de los pueblos, la equidad procesal, la protección por motivos de discriminación, las libertades individuales, el comité de derechos humanos, y la implementación del Pacto. En la cuarta parte, libertades individuales, artículo 19, se trata la libertad de expresión de acuerdo al siguiente texto:

“1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

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

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

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

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966: art. 19).

Este texto tiene una innegable similitud con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en virtud de que: en ambos instrumentos se protegen tanto las opiniones como la información vertidas o recibida por cualquier medio, y se señala la existencia de responsabilidades (en caso de abuso de este derecho) que deberá constar en la ley y siempre que sean necesarias para la seguridad nacional o el respeto a los derechos de honra de los demás. Sin embargo, creemos que el texto de la Convención es más explícito.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, junto con su Protocolo facultativo además tratan sobre la creación del Comité de Derechos Humanos, el cual se encarga de

hacer cumplir las disposiciones contenidas en el Pacto a los Estados partes, recibir y dar trámite a comunicaciones recibidas por Estados que hayan ratificado el Pacto o comunicaciones de individuos cuyos derechos han sido vulnerados, emitir informes, y revisar los informes presentados por los Estados.

4.6. Sociedad Interamericana de Prensa

La Sociedad Interamericana de Prensa es una organización no vinculante a nivel de las Américas, creada con el objeto de proteger la libertad de prensa, la libertad de expresión y el ejercicio del periodismo en la región. Fue pensada en el primer Congreso Panamericano de Periodistas, celebrado en Washington en 1926, mismo que aprobó una resolución donde se recomendó su creación. Esta resolución no tuvo la acogida que se esperaba y fue en México en 1942 cuando un segundo Congreso Panamericano de Periodistas promovió la creación de una comisión permanente que posteriormente se encargó de fundar la actual Sociedad Interamericana de Prensa. (<http://www.sipiapa.org/espanol/espanol.cfm>, recuperado: 16 de julio de 2011).

En sus inicios fue un organismo auspiciado por los gobiernos latinoamericanos, pero en 1950, cuando la organización abre sus puertas a América del Norte, pasa también a ser financiada por sus miembros es decir los distintos diarios y revistas de América. En función de los objetivos antes mencionados la Sociedad Interamericana de Prensa lleva a cabo tareas como:

1. Controlar las violaciones a la libertad de expresión en las Américas.
2. Liderar campañas publicitarias a favor de la libertad de expresión.
3. Elaborar informes semestrales sobre el derecho a la libertad de prensa y expresión en los países de sus miembros.
4. Denunciar las violaciones al derecho de libertad de expresión.
5. Promover y apoyar en los países de sus miembros, leyes a favor del acceso a la información y la eliminación de leyes que coarten la libertad de expresión y de prensa.
6. Luchar contra la impunidad de los crímenes contra periodistas y demás agresiones contra medios de comunicación.
7. Ofrecer seminarios sobre los derechos relacionados.

8. Visitar *in situ* países donde se ven vulnerados estos derechos.

Aunque la Sociedad Interamericana de Prensa no es una organización de carácter vinculante, mediante los informes de su comisión de libertad de prensa, ha denunciado ante los ojos del mundo, los crímenes contra periodistas y la vulneración del derecho a la libertad de expresión y prensa de los cuales ha sido testigo, convirtiéndose estos informes en referentes para organizaciones internacionales de derechos humanos que sí tienen carácter vinculante y pueden seguir de cerca estas denuncias.

Actualmente en el Ecuador la mayor parte de la prensa escrita es miembro de la Sociedad Interamericana de Prensa, entre ellos: Diario la Hora, Diario Hoy, El Comercio, Ultimas Noticias (Quito); El Extra, El Telégrafo, El Universo, Expreso, Revista Vistazo (Guayaquil); El Tiempo (Cuenca), entre otros.

CAPITULO II: RESPONSABILIDAD Y LÍMITES DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El derecho a la libertad de expresión como lo reafirma la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en una gran parte de las sentencias dictadas por este tribunal, no es un derecho absoluto (Kimel vs. Argentina, 2008: párr. 54), y como tal debe alinearse a ciertos parámetros que permiten que el derecho se ejerza sin abusos o vulneraciones a otros derechos de igual importancia para el ser humano y la vida de éste en democracia. El artículo 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala de forma general que: “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en las sociedades democráticas”.

Sin embargo, para que los límites específicos del derecho a la libertad de expresión, sean legítimos, se debe cumplir con los requisitos que contemplan las leyes y los convenios internacionales en materia de derechos humanos, de lo contrario serán restricciones que vulneran el derecho a la libre expresión.

Una vez estudiados los límites al derecho de libertad de expresión, revisaremos los requisitos jurídicos para la implementación de responsabilidades ulteriores en caso de rebasar esos límites y finalmente estudiaremos las clases de responsabilidades entre las que encontramos la responsabilidad penal y civil.

1. Límites al derecho de libertad de expresión

Los límites generales del derecho a la libertad de expresión en una sociedad democrática se extraen del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y son: el respeto a los derechos y reputación de los demás; la seguridad nacional, el orden, la salud y la moral pública; y la propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la violencia, o a la discriminación de cualquier tipo.

1.1. El respeto a los derechos y reputación de los demás

Se entiende que las restricciones al derecho de libertad de expresión son válidas siempre y cuando su objetivo sea respetar y proteger otros derechos tales como la intimidad, y la reputación, es decir la honra de los demás. Este objetivo es legítimo porque trata de precautelar derechos equivalentes al derecho de expresarse libremente. Para que un derecho sea equivalente al de libertad de expresión, deberá ser de los reconocidos como derechos fundamentales. Según Buompadre, la libertad de expresión tiene límites y puede imponérsele restricciones, y esos límites y restricciones se encuentran en el respeto de otros derechos fundamentales. (Buompadre, 2010).

Los derechos derivados de la honra, de las personas se caracterizan por ser los derechos que con mayor frecuencia, entran en conflicto con el derecho materia de esta investigación y por ende marcan los límites del derecho a la libertad de expresión.¹⁶ Para no sobrepasar esta limitación debemos tener en cuenta que al expresarnos sobre los demás, debemos ejercer este derecho en la medida de lo justo y veraz, evitando expresiones difamatorias u ofensivas ya sea que provengan de palabras, gestos o cualquier medio y en especial el ánimo de causar un perjuicio.

Las expresiones que hacemos sobre las demás personas pueden ser de carácter informativo o meras opiniones. En el primer caso, las expresiones deben ser ciertas, lo cual implica el poder comprobar, en caso de ser necesario, la verdad de las aseveraciones. Sin embargo no todas las expresiones que hagamos sobre alguien, a manera de información, serán susceptibles de comprobación; en este caso, existirán expresiones ofensivas que estén justificadas en virtud de proteger un bien jurídico trascendental, siempre y cuando se demuestre que se ha buscado y se han tomado las debidas precauciones en la búsqueda de la información. Además existen expresiones que no involucran informaciones sino opiniones, las cuales no son susceptibles de juicios de valor¹⁷.

¹⁶ “Y esto es así, según García-Pablos de Molina, porque la libertad de expresión, el honor y la intimidad son bienes jurídicos antagónicos y particularmente avocados al conflicto, recíprocamente interdependientes y, por tanto, limitados”. (Antonio García- Pablos de Molina cit. por Buompadre, 2010: 43).

¹⁷ Con respecto a las expresiones en forma de información u opinión, el juez García Ramírez, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su voto concurrente a la sentencia de 2 de mayo de 2008 en el caso *Kimel vs. Argentina*, pronunció lo siguiente: “También me parece relevante el deslinde que hace el Tribunal interamericano entre la información que somete al público la existencia de hechos y que pretende constituir un retrato de la realidad --dignificado por la acuciosidad y objetividad del profesional competente y apreciable-- y la opinión que vierte el comentarista, analista, autor en general, acerca de esos hechos. Si es posible valorar la noticia como cierta o falsa, cotejándola con la realidad que se propone describir, no es razonable aplicar las mismas calificaciones a la opinión, que de antemano

También es importante tener en cuenta el derecho que tienen todas las personas a que se respete su intimidad, independientemente de que lo que se exprese sea o no una información verdadera o una simple opinión. Esto implica mantener fuera del alcance del público en general la información que poseamos de alguien, sobre asuntos de su interés personal que no involucren a terceras personas. Las expresiones encuentran su límite en la intimidad del resto, ya que las expresiones que hacen alusión a su intimidad mencionan situaciones de vida que se encuentran reservadas únicamente para aquéllas. Esto no quiere decir que a pretexto de salvaguardar la intimidad de terceros quedan totalmente prohibidas las expresiones sobre aspectos reservados, pero éstas deberán, para ser difundidas, tener un interés general y en ningún caso buscarán causar daño. Este es el caso, por ejemplo, de los delitos sexuales; si bien la sexualidad es un aspecto en principio íntimo de las personas, en el cual no es posible intromisión alguna; ésta deja de ser un aspecto reservado, cuando recae en un delito y por lo tanto se hace digno de denuncia. Es así que las expresiones de carácter íntimo, se sujetan a las excepciones vinculadas con un bien jurídico trascendental.

Debido a la protección especial de la que son titulares los menores de edad, existe en su beneficio una limitación al derecho a la libertad de expresión, en función de proteger sus derechos y bienestar, al restringirles cierta información con contenidos violentos y aquéllos que no se encuentren aptos de discernir y por ende atenten contra su derecho de crecer en un ambiente sano. Por tanto, el respeto a los derechos de los niños es también un límite al derecho de libertad de expresión.

1.2. La protección de la seguridad nacional, el orden, la salud y la moral pública

Para poder entender con claridad el alcance de ésta limitación es preciso definir con exactitud qué se entiende por seguridad nacional y orden público. En términos generales, orden público, ha sido comprendido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como “Las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios”. (Opinión Consultiva OC-5/85, 1985: párr. 64). Y, se vulnera la seguridad nacional cuando el país es víctima de la violencia mediante guerras, terrorismo, insurrección y anarquía y/o cuando

constituye un parecer, una apreciación, una valoración --que es posible compartir o de la que se puede discrepar en un nuevo ejercicio de opinión--, y que por ende puede ser calificada como razonable o irracional, acertada o errónea, pero no como falsa o verdadera. Sobra señalar los riesgos que implica el debate ante los tribunales acerca de la validez de las opiniones, y peor aún si esto ocurre por la vía penal: en los delitos de opinión naufraga la libertad y prospera la tiranía”.

éste es víctima de catástrofes o fenómenos sociales que perjudiquen la estabilidad y el desarrollo nacional. La seguridad nacional responde entonces a cualquier tipo de amenaza externa e interna que ponga en riesgo los bienes del Estado, citando a J. Orozco “(...) todos aquellos programas, medidas o instrumentos que cierto Estado adopta para defender a sus órganos supremos de un eventual derrocamiento violento por un movimiento subversivo interno o por una agresión externa”. (Orozco, 2000: 2886).

Cualquier restricción en función de la seguridad nacional deberá tener a ésta como fin último, de manera que está prohibida cualquier restricción del libre tránsito de ideas, que en proclama de la seguridad nacional tenga intereses ocultos ya sea en favor de individuos particulares, grupos de poder, o el mismo gobierno, que es el encargado de demostrar la validez y legitimidad de la restricción. (Principios de Johannesburgo Sobre la Seguridad Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información, 1995: Principio 1). Según el principio segundo de los principios de Johannesburgo, una restricción que se procura justificar por motivos de seguridad nacional no será legítima en los siguientes casos:

“a) A no ser que su propósito genuino y su efecto demostrable sean los de proteger la existencia de un país o su integridad territorial contra el uso o la amenaza de la fuerza, sea de una fuente externa, tal como una amenaza militar, o de una fuente interna, tal como la incitación al derrocamiento violento del gobierno.

b) Si su propósito genuino o su efecto demostrable es el de proteger intereses inconexos con la seguridad nacional, incluso, por ejemplo, el de proteger a un gobierno de una situación embarazosa o de la revelación de algún delito, o el de ocultar información sobre el funcionamiento de sus instituciones públicas, o el de afianzar una ideología en particular, o el de suprimir la conflictividad industrial”. (Principios de Johannesburgo Sobre la Seguridad Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información, 1995: Principio 2).

Si bien la paz de las naciones depende mucho de la libertad de gobernabilidad que tienen los gobiernos democráticamente elegidos, no se considera contrarias a la seguridad nacional, las expresiones en contra de los gobiernos o sus funcionarios, a manera de crítica, insatisfacción y denuncia de los ciudadanos en cuanto al manejo del Estado; entendiéndose que tanto el gobierno como sus funcionarios públicos estarán siempre sujetos a la aprobación de su gestión por parte de sus mandantes. Por esta razón y en relación con la

libre expresión, los principios de Johannesburgo, que han sido utilizados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas desde 1996, son explícitos al delimitar las condiciones que deben denotar las expresiones para poder ser consideradas como amenazas a la seguridad nacional, entre ellas:

- “a) que la expresión tenga la finalidad de incitar violencia inminente;
- b) que la expresión bien pudiera dar lugar a tal violencia; y
- c) que exista una conexión directa e inmediata entre la expresión y la probabilidad o el acontecimiento de tal violencia”. (Principios de Johannesburgo Sobre la Seguridad Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información, 1995: Principio 6).

Los principios de Johannesburgo prohíben además la restricción de determinadas expresiones que por su contenido crítico podrían ser catalogadas o entendidas por los gobiernos como amenazas a la seguridad nacional, pero no son más que promulgaciones de insatisfacción y crítica necesarias en sociedades democráticas. Según estos principios están protegidas específicamente las siguientes expresiones:

- “a) Expresiones no violentas a favor del cambio de la política del gobierno o del gobierno mismo;
- b) Expresiones críticas o insultantes a la nación, Estado, símbolos, gobierno, organismos, o funcionarios de cualquier Estado propio o extranjero. (A no ser que la crítica o el insulto tuviera la finalidad y la probabilidad de incitar violencia inminente);
- c) Expresiones de objeción o apoyo por motivos de religión, conciencia o creencia, a la conscripción o al servicio militar, a un conflicto en particular, o a la amenaza o el uso de la fuerza para resolver disputas internacionales;
- d) Expresiones que busquen difundir información sobre supuestas violaciones de los estándares internacionales de derechos humanos o del derecho internacional humanitario”. (Principios de Johannesburgo Sobre la Seguridad Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información, 1995: Principio 7).

Los principios citados no son los únicos que tratan sobre los límites al derecho de libertad de expresión e información cuando se pone en riesgo la seguridad nacional. Los Principios

de Lima también aclaran que invocar la seguridad nacional no es suficiente para restringir legítimamente ningún derecho, es importante demostrar que el peligro es efectivamente posible. Esta regla avala potenciales excepciones que justificarán la restricción del derecho a la libertad de expresión, en función de la prevalencia de una seguridad nacional legítima, se regulan en el numeral octavo de estos Principios y son válidos para el acceso a la información. Así, sostienen:

“Sólo por normas legítimas de nivel constitucional o con rango de ley acordes con los principios que orientan una sociedad democrática, se regularán las excepciones al acceso a la información en forma limitada y siempre que sean necesarias para la protección de la seguridad nacional y/o el derecho legítimo del individuo a la intimidad. (...) Es inaceptable que bajo un concepto amplio e impreciso de seguridad nacional se mantenga el secreto de la información. Las restricciones por motivos de seguridad nacional sólo serán válidas cuando estén orientadas a proteger la integridad territorial del país y en situaciones excepcionales de extrema violencia que representen un peligro real e inminente de colapso del orden democrático. Una restricción sobre la base de la seguridad nacional no es legítima si su propósito es proteger los intereses del gobierno y no de la sociedad en su conjunto. Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La ley, habiendo determinado los casos específicos de información clasificada, establecerá plazos y procedimientos razonables para su desclasificación tan pronto como el interés de seguridad nacional lo permita. En ningún caso una información podrá ser mantenida clasificada indefinidamente”. (Principios de Lima, 2000: Principio 8).

Los estados de excepción, son un claro ejemplo de instrumentos legítimos que en función de la seguridad nacional pueden aplicarse para restringir ciertos derechos, como el de libertad de expresión, siempre y cuando cumplan con los parámetros ya examinados en los instrumentos internacionales citados, en la normativa nacional y la Constitución respecto de su aplicación. En relación con este instrumento de protección a la seguridad nacional, la normativa constitucional ecuatoriana vigente se ha encargado de introducir en su texto las disposiciones que contemplan la Convención Interamericana de Derechos Humanos, los principios de Johannesburgo y los Principios de Lima, para que este instrumento no se convierta en un medio para legitimar el abuso del poder.

Debemos aclarar que tanto la moral, la salud y el orden público desembocan en un concepto amplio de seguridad nacional y bien común, por lo cual no analizaremos cada una de ellas, ya que en definitiva cualquier vulneración o atentado contra éstas por parte de la libertad de expresión será ponderada con las mismas reglas de seguridad nacional.

1.3. Propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la violencia o a la discriminación de cualquier tipo

La vida es un derecho fundamental y un bien jurídico protegido que a su vez se relaciona con otros derechos fundamentales como el derecho a la integridad; es por eso que se justifica la restricción de las expresiones que atenten o busquen atentar contra estos derechos. Las consecuencias que generan las expresiones violentas o discriminatorias son tan perniciosas que no permiten se ejerza con plenitud el derecho a la vida, y a la integridad personal. Por esta razón resulta necesario interponer límites a aquellas expresiones que son abusivas y desestabilizan el orden armónico de todos los derechos humanos, al incitar el odio, la violencia y la discriminación de cualquier tipo. Se menciona principalmente a la propaganda y al contenido de los medios de comunicación, pues son los que terminan difundiendo ampliamente este tipo de expresiones, pero en general cualquier medio de difusión de este tipo de expresiones está prohibido.

Con el fin de aclarar el alcance de esta restricción a la libertad de expresión el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; junto con el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Libertad de Opinión y Expresión; y, el Representante sobre la Libertad de los Medios de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, concluyeron que además de adaptarse a los requisitos mínimos establecidos para ser restricciones válidas (estos requisitos los veremos más adelante), la propaganda en favor de la guerra, la apología del odio nacional, racial o religioso que podría constituir violencia y discriminación, deberá atenerse a los siguientes parámetros:

“las expresiones de odio, de acuerdo con el derecho internacional y regional, tienen que encuadrarse, como mínimo, en los siguientes parámetros:

- Nadie debe ser penado por decir la verdad;

- Nadie debe ser penado por divulgar expresiones de odio a menos que se demuestre que las divulga con la intención de incitar a la discriminación, la hostilidad o la violencia;
- Debe respetarse el derecho de los periodistas a decidir sobre la mejor forma de transmitir información y comunicar ideas al público, en particular cuando informan sobre racismo e intolerancia;
- Nadie debe ser sometido a censura previa, y
- Toda imposición de sanciones por la justicia debe estar en estricta conformidad con el principio de la proporcionalidad”. (Declaración Conjunta sobre el Racismo y los Medios de Comunicación de los Relatores para la Libertad de Expresión de las Naciones Unidas, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa y la Organización de los Estados Americanos, 2001: <http://www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=443&IID=2>; recuperado: 14 de noviembre de 2011).

De estos parámetros concluimos que, a pesar de que las expresiones de odio, racismo y discriminación son límites justificables al derecho de libertad de expresión, no resulta suficiente que sean sugeridos o mencionados; para ser sancionados, se deberá demostrar que su intencionalidad o efecto demostrable es efectivamente incitar a la violencia, odio y discriminación ateniéndose a los requisitos revisados en la cita precedente.

Las expresiones de odio que generan violencia, hostilidad o discriminación han sido prohibidas por otros organismos internacionales entre los que resaltan, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas. Este último, aunque sin ser vinculante ha efectuado comunicados al respecto en los cuales es evidente la necesidad de limitar el derecho a la libertad de expresión en beneficio de un bienestar común, como lo es la prohibición del odio, la violencia y la discriminación, ejemplo de ello se sostiene en el caso *Ross Canadá* donde el comunicado de dicho organismo señala:

“La última cuestión ante el Comité es si la restricción impuesta a la libertad de expresión del autor era necesaria para proteger el derecho o la reputación de las personas de confesión judía. En este caso, el Comité recuerda que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión conlleva deberes y responsabilidades especiales. Estos deberes y responsabilidades especiales son particularmente importantes en el

sistema de enseñanza, sobre todo en lo que respecta a la enseñanza de jóvenes alumnos. A juicio del Comité, la influencia que ejercen los maestros puede justificar las limitaciones para garantizar que el sistema de enseñanza no legitime la expresión de opiniones discriminatorias. En este caso concreto el Comité toma nota de que el Tribunal Supremo estimó que era razonable prever que había una relación causal entre las expresiones del autor y el "ambiente escolar envenenado" que percibieron los niños judíos en el distrito escolar. En este contexto, el hecho de apartar al autor de un puesto docente puede considerarse una restricción necesaria para proteger el derecho y la libertad de los niños judíos a disfrutar de un sistema escolar libre de sesgo, prejuicios e intolerancia. Además, el Comité observa que el autor fue transferido a un puesto no docente solamente después de un período mínimo de licencia sin sueldo, y que la restricción, por consiguiente, no fue más allá de lo necesario para cumplir su función protectora. Por tanto, el Comité de Derechos Humanos llega a la conclusión de que los hechos no revelan una violación del artículo 19". (Malcolm Ross vs. Canadá, 2000: párr. 11.6).

Aunque el autor invocó una violación de su derecho a la libertad de expresión, por cuanto fue removido de su cargo de docente debido a sus publicaciones en contra de la fe judía, el comité sostuvo que ésta sanción fue necesaria, en virtud del límite a la libertad de expresión que estamos analizando, ya que se buscó con ella evitar la propagación de actitudes discriminatorias dentro del ámbito académico. Además, esta sanción tenía un objetivo coherente con el artículo 19.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁸ y estaba previamente concebida en la ley.

1.4. Consideraciones:

El derecho de libertad de expresión se ejerce de forma relativamente absoluta por las personas siempre y cuando no atraviesen una o varias de las limitaciones antes mencionadas; debido a que los derechos que se protegen con estas limitaciones son igual

¹⁸ "Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas". (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1976: art. 19 numeral 1).

de importantes que el derecho a expresarse libremente. No se puede entonces utilizar abusivamente el derecho a la libertad de expresión, en desmedro de los derechos de los demás; la seguridad nacional; o el ánimo de motivar discriminación, odio y/o violencia.

Cuando el derecho a la libertad de expresión es utilizado abusivamente, transgrediendo los límites estudiados, es el juez quien deberá examinar y valorar, si existió efectivamente un ejercicio abusivo del derecho a la libertad de expresión, que cruzó los límites legítimos impuestos a este derecho y terminó por vulnerar un bien jurídico protegido.

Además, el juez deberá valorar los hechos en su conjunto, las circunstancias que motivaron las expresiones, y el contexto en el que se difundió la expresión. En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que: “(...) el poder judicial debe tomar en consideración el contexto en el que se realizan las expresiones en asuntos de interés público; el juzgador debe “ponderar 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”. (Tristán Donoso vs. Panamá, 2009: párr.123).

Una vez hecho este análisis y demostrada la afectación que causó el ejercicio abusivo del derecho a la libre expresión, se castigará esta conducta con la imposición de responsabilidades ulteriores que se enmarquen en los requisitos que se explican a continuación.

2. Requisitos jurídicos para la implementación de responsabilidades ulteriores

2.1. Legalidad

Es el primero, y a nuestro criterio, más importante requisito. Engloba el principio de legalidad que será también revisado en el numeral 3.2.1.1 de éste capítulo. Tanto los convenios internacionales como las constituciones de los Estados invocan el principio de legalidad, que en relación con las limitaciones al derecho de libertad de expresión, obliga a que cualquier límite o responsabilidad ulterior se prevea en la ley antes de su aplicación. Es un requisito esencial del debido proceso y como tal la Constitución ecuatoriana lo invoca:

“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento (...)”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008: art. 76 numeral 3).

Entre los instrumentos internacionales que protegen el derecho a la libertad de expresión, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es el que resalta este requisito de mejor manera cuando dice que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley. (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966: art. 19 numeral 3).

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 30 ha tomado la precaución de establecer el alcance de las restricciones a los derechos en ella contemplados, refiriéndose a que éstas deberán aplicarse únicamente conforme a la ley. Con este antecedente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en opinión consultiva hace una interpretación del término *leyes*, por medio del cual queda claro que no cualquier determinación del poder público, o norma jurídica, puede imponer restricciones al derecho de libertad de expresión, sino únicamente la *ley formal*, es decir: “(...) la norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado”. (Opinión Consultiva OC-6/86, 1986: párr. 27).

2.2. Objetivo Legítimo

Las responsabilidades posteriores son genuinas cuando el fin último de su implementación es precautelar un objetivo legítimo, es decir un bien jurídico que por su importancia merezca la pena restringir un derecho tan imprescindible como lo es la libertad de expresión. Los objetivos legítimos que reconoce la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 13 numeral dos, son los mismos que se reconocen como límites al derecho de libertad de expresión, ya estudiados, es decir: los derechos de los demás, la

seguridad nacional y la prohibición de la propaganda que incite al odio, la violencia o cualquier tipo de discriminación. (Informe anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2008: párr. 74).

Para que una restricción del derecho a la libertad de expresión, que se sustente en los mencionados objetivos legítimos sea válida, es necesario, no solo que se pronuncie que han sido vulnerados los objetivos legítimos, sino que se demuestre que estos han sido o están siendo vulnerados al ejercer el derecho a la libertad de expresión. Se debe probar la real afectación al objetivo legítimo.

2.3. Restricciones necesarias para alcanzar la protección del objetivo legítimo

Este requisito también se contempla en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y nos dice que las responsabilidades ulteriores que se impongan al derecho de libertad de expresión, deberán ser *necesarias* para cumplir con los objetivos legítimos revisados en el punto anterior.

Ahora bien, lo importante de este requisito es precisar con exactitud la definición de la palabra *necesarias* en relación a los propósitos que sustentan la creación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como instrumento internacional de derechos humanos. Para ello la Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo un pronunciamiento que se fundamenta en tres puntos específicos: **1)** el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde se consolida por parte de los Estados signatarios su voluntad de fomentar un régimen de libertad personal y justicia social dentro de un sistema democrático basado en los derechos humanos; **2)** el artículo 29 de la Convención¹⁹, que trata sobre las normas de interpretación, siendo que ninguna disposición puede interpretarse en desmedro de excluir o limitar derechos o garantías inherentes al ser humano o derivadas de la forma democrática representativa de gobierno,

¹⁹ “Normas de Interpretación: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969: art. 29)

y; 3) el artículo 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁰ que nos habla de la correlación entre deberes y derechos que tienen las personas.

Con estos antecedentes y apoyada en la jurisprudencia del caso *The Sunday Times*, revisado por la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se manifestó en opinión consultiva de la siguiente manera:

“Es importante destacar que la Corte Europea de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, concluyó que "necesarias", sin ser sinónimo de "indispensables", implica la "existencia de una" necesidad social "imperiosa" y que para que una restricción sea "necesaria" no es suficiente demostrar que sea "útil", "razonable" u "oportuna". (Eur. Court H. R., *The Sunday Times case*, judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, párr. no. 59, págs. 35-36). Esta conclusión, que es igualmente aplicable a la Convención Americana, sugiere que la "necesidad" y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla 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”. (Opinión Consultiva OC-5/85, 1985: párr. 46).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos nos está diciendo que a pesar de que una restricción sea efectiva, es decir que precautele correctamente el objetivo legítimo; y sea oportuna, es decir de forma inmediata; esto no es suficiente para su implementación. Es menester demostrar que la restricción empleada es de todas las posibles restricciones

²⁰ “Correlación entre Deberes y Derechos: 1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969: art. 32)

efectivas y oportunas, la más eficiente, ya que es la que menos coarta el derecho que se pretende restringir. En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“(…) en los términos de la Convención, las restricciones autorizadas para la libertad de expresión deben ser las **"necesarias para asegurar"** la obtención de ciertos fines legítimos, es decir que no basta que la restricción sea **útil** (supra 46) para la obtención de ese fin, esto es, que se pueda alcanzar a través de ella, sino que debe ser **necesaria**, es decir que no pueda alcanzarse razonablemente por otro medio menos restrictivo de un derecho protegido por la Convención”. Lo resaltado nos corresponde. (Opinión Consultiva OC-5/85, 1985: párr. 79).

La restricción debe ser proporcional al interés que la justifica, para lo cual sirve medir la relación que existe entre el interés público por informar determinada expresión y la protección de los objetivos legítimos que justifican la restricción. Entendemos que la restricción que se implemente deberá lesionar en la menor medida posible al derecho de libertad de expresión. (Informe anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2008: párr. 88).

3. Responsabilidades ulteriores

Como no podía ser de otra manera, los abusos en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión deben ser sancionados. En este acápite veremos los tipos de responsabilidad que se suelen impartir en caso de abuso del derecho, pero antes es preciso introducir a la problemática el concepto de responsabilidades ulteriores.

La responsabilidad ulterior surge de la necesidad imperante de equilibrar la garantía de la prohibición de censura previa, que garantiza la libertad de las expresiones, siendo todas las expresiones en principio lícitas; y las consecuencias a que dan lugar algunas expresiones una vez difundidas. Es decir que, a pesar de que las expresiones no pueden ser censuradas (prohibidas antes de su difusión), esto no quiere decir que no estarán finalmente sujetas a responsabilidades en caso de transgredir los límites estudiados en este capítulo. Además, dicha responsabilidad ulterior, deberá cumplir con los requisitos antes mencionados que le dan legítima validez a la responsabilidad que se terminará imponiendo al emisor de la expresión abusiva.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos ha dejado en claro que ninguna expresión es ilícita *per se*, sin antes ser difundida, cuando refiriéndose al derecho de libertad de expresión dice: “(...) El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente, el derecho a la libertad de expresión, no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores (...)”. El subrayado nos corresponde. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969: art.13 numeral 2).

Un ejemplo claro es el análisis que hizo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto del caso Martorell vs. Chile. Este caso se suscita después de que la Séptima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile decidiera prohibir temporalmente, y después definitivamente, la publicación del libro de Francisco Martorell, *Impunidad Diplomática*, en virtud de un recurso de protección interpuesto por el señor Andrónico Luksic Craig quien fundamentó su recurso diciendo que con este libro se violaba su derecho a la privacidad. Además de que posteriormente otras personas impulsaren acciones penales sugiriendo al libro como injurioso.

Siendo la opinión de la Corte Suprema de Chile la misma que la de la Corte de Apelaciones de Santiago, se inició un proceso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, basado en el numeral segundo del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, arriba citado. Una vez cumplido el procedimiento de rigor y el examen de admisibilidad, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos determinó que el libro había sido censurado debido a su prohibición de difusión, en razón de un supuesto atentado contra la intimidad del accionante; y, así las cosas, ésta resultaba una restricción ilegítima del derecho a la libertad de expresión.

Esta afirmación la realiza apoyándose en el criterio de que cualquier restricción que se quiera imponer debe atenerse a las disposiciones del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de las cuales se sustrae que las únicas restricciones legítimas serán las responsabilidades ulteriores con los requisitos que el mismo artículo establece, más no la prohibición previa de difundir el libro. Explica así:

“El artículo 13 determina que cualquier restricción que se imponga a los derechos y las garantías contenidos en el mismo, debe efectuarse mediante la imposición de responsabilidad ulterior. El ejercicio abusivo del derecho de libertad de expresión

no puede estar sujeto a ningún otro tipo de limitación. Como lo señala la misma disposición, quien ha ejercido ese derecho en forma abusiva, debe afrontar las consecuencias ulteriores que le incumban”. (Francisco Martorell vs. Chile, 1996: párr. 58).

3.1. Tipos de responsabilidad ulterior

Cuando los límites al derecho de libertad de expresión son transgredidos se dispone la reparación del derecho vulnerado y la sanción respectiva. Estas consecuencias se dan por el deber que tiene el Estado de tutelar la honra y reputación de las personas, o la seguridad nacional y el orden público que como vimos son los bienes jurídicos que se contemplan como objetivos legítimos para limitar el derecho a la libertad de expresión.

La tutela de estos derechos vulnerados se ve materializada entonces por mecanismos de rectificación, y sanción. Los tipos de responsabilidad²¹ en que incurren las personas que ejercen abusivamente su derecho a la libre expresión son: la responsabilidad civil y, la responsabilidad penal, en el peor y más grave de los casos. Estos tipos de responsabilidad son los más comunes cuando se trata de rectificar y sancionar el ejercicio abusivo de la libre expresión por parte de los ciudadanos, es así que priorizaremos su estudio a continuación.

3.2. Responsabilidad penal

En vista de que la responsabilidad penal es el mecanismo más restrictivo para rectificar y sancionar el abuso del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, puesto que trae consigo la privación de la libertad, creemos necesario repasar sobre los principios que sustentan estas medidas, para después enfocarnos directamente en los tipos penales que enfrentan el abuso de la libre expresión. Así, estableceremos las características que legitiman su aplicación, y la opinión de la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos frente al uso de la responsabilidad penal como mecanismo de rectificación y sanción del abuso del derecho a la libertad de expresión.

²¹ “La responsabilidad es la carga legal que recae sobre el autor o partícipe de un hecho punible, carga que consiste en tener que afrontar las consecuencias jurídicas de ese hecho”. (Fernández, 1995: pág. 441).

3.2.1. Principios de derecho penal

Es importante que la norma penal que busca rectificar y sancionar expresiones abusivas cumpla con los principios de legalidad, tipicidad inequívoca e intervención mínima, como principios que avalan la tipificación de una conducta.

3.2.1.1 . Principio de legalidad

Este principio limita las conductas delictuosas y sus sanciones a todas aquellas que estén concebidas previamente en la ley penal. Así lo señala la norma penal ecuatoriana: “Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida. La infracción ha de ser declarada, y la pena establecida, con anterioridad al acto. (...)”. (Código Penal ecuatoriano, actualizado a agosto de 2009: art. 2), y nuestra carta política:

“(...) 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008: art. 76).

De no contemplarse específicamente en la ley, la conducta delictuosa o su sanción, ésta no constituirá de ninguna manera delito ni pena, en palabras de Fernández Carrasquilla “(...) serían ilícitas, ilegítimas e injurídicas las penas de hecho impuestas por cualquier autoridad, las penas retroactivas, las que pudieran dimanar de la costumbre y las que se pudieran aplicar por una integración analógica de la ley”. (Fernández, 1995: pág. 19). Creemos entonces que este principio acarrea para la ley penal característica como: determinada, previa, precisa, y taxativa por lo cual va de la mano con el principio de interpretación estricta de la ley que dice: “Prohíbese en materia penal la interpretación extensiva. El juez debe atenerse, estrictamente, a la letra de la ley. En los casos de duda se la interpretará en el sentido más favorable al reo”. (Código Penal ecuatoriano, actualizado a agosto de 2009: art. 4).

El objetivo de éste principio es brindar seguridades y garantías jurídicas a los ciudadanos frente a la potestad punitiva del Estado; de lo cual se extrae que también limita su poder. En este sentido, también lo cita la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

“Principio de Legalidad y de Retroactividad: Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969: art.9).

Las conductas que vulneran derechos haciendo uso abusivo del derecho a la libertad de expresión, así como sus penas, deben entonces estar determinadas previamente y por escrito en la ley penal creada por el legislador, quién es competente para ejercer esta función; y deben ser ejecutadas así mismo, por un juez competente. Pero además estas conductas, y sus penas deben ser claras, es decir, como lo menciona Fernández Carrasquilla, deben tener la característica de “tipo cerrado”. (Fernández, 1995: pág. 18).

3.2.1.2. *Principio de la tipicidad inequívoca*

Tiene relación con las características de cierta y determinada de la ley (tipo cerrado), y hace referencia a que la tipicidad, (todos los elementos que conforman el tipo penal) debe ser precisa de tal manera que no admita error a la hora de describir el acto ilícito, sus sujetos, las circunstancias, y la pena. Para Fernández Carrasquilla la conducta prohibida debe aparecer claramente determinada en la ley de tal manera que su fijación no quede al antojo de nadie, y que por otro lado el individuo pueda “saber de antemano y con certeza razonable a qué atenerse en cuanto a las posibles consecuencias jurídicas de su conducta”. (Fernández, 1995: 28). Con ello el juez al imputar un tipo penal a una persona no tiene razón alguna para salirse del tipo, pues éste se autosustenta a sí mismo.

Al igual que con el principio de legalidad, al infringir este principio de derecho penal, se atenta contra la seguridad de los ciudadanos, puesto que el ciudadano no sabría con precisión cuál es la conducta exacta que traerá como consecuencia la pena.

3.2.1.3. Principio de intervención mínima

El principio de intervención mínima fue introducido por Cesar Beccaria en su obra *De los Delitos y de las Penas* y consiste en reducir las leyes penales a lo mínimo necesario. En un Estado de Derecho, es la protección que tenemos los ciudadanos frente al poder punitivo del Estado, ya que éste tipificará únicamente las conductas más graves que atenten contra los bienes jurídicos protegidos más importantes, dejando el resto de conductas que afectan el interés individual y colectivo, a otras prácticas menos gravosas para la sociedad que el derecho penal, como: el derecho civil. (Fernández, 1995: pág. 442).

Este principio se encuentra sustentado en el Código de Procedimiento Penal ecuatoriano que dice: “Art....- Mínima intervención.- En la investigación penal, el Estado se sujetará al principio de mínima intervención. En el ejercicio de la acción penal se prestará especial atención a los derechos de los procesados y ofendidos”. (Código Penal ecuatoriano, actualizado a agosto de 2009: artículo innumerado que precede al art. 6).

Aunque estos no son los únicos principios del derecho Penal, el principio de legalidad, mínima intervención, y tipicidad inequívoca; avalan y justifican la tipificación de una conducta, limitando y controlando el poder punitivo del Estado. Los tipos penales que buscan proteger los bienes jurídicos de la honra de las personas y la administración pública y seguridad del Estado y, que sancionan el uso inadecuado del derecho a la libertad de expresión, deben cumplir con estos principios imprescindibles del tipo para poder ser normas legítimas, de lo contrario podrían además de atentar contra la seguridad jurídica en un Estado de Derecho, convertirse en graves y abusivos limitantes del derecho a la libertad de expresión.

3.2.2. Tipos penales que limitan el derecho a la libertad de expresión en Ecuador

Los tipos penales que restringen el derecho a la libertad de expresión en el Ecuador son: la injuria no calumniosa, la injuria calumniosa y el desacato. Se encuentran tipificados en la ley penal ecuatoriana, clasificándose a los primeros, como delitos contra la honra de las personas, y al desacato, como un delito contra la administración pública. La norma referente al desacato se encuentra tipificada en su mayoría, bajo los delitos contra la

administración pública, a excepción del artículo 493, que se encuentra amparado bajo los delitos contra la honra.

Antes del análisis de la articulación correspondiente a este tipo de delitos, resulta necesario saber que la mayor parte de la doctrina clasifica de forma individual a los delitos contra la honra de las personas, es decir por un lado las injurias y por otro las calumnias; sin embargo la legislación ecuatoriana ha optado por la clasificación de los delitos en contra de la honra, donde se concibe a la injuria como el género de estos delitos, y a la calumnia como la especie, una injuria calificada por la imputación de un delito. (Guzmán, 1989: pág. 509). Así tenemos a la injuria no calumniosa (injuria) y a la injuria calumniosa (calumnia).

3.2.2.1 Delitos contra la honra

La honra según nuestra jurisprudencia es uno de los derechos humanos más trascendentales del hombre puesto que consiste en la estima y respeto que éste tiene sobre sí mismo, sobre su fama y prestigios adquiridos por sus actividades en la sociedad, y a su vez, el respeto y el reconocimiento de la sociedad, hacia ese derecho. (Corte Suprema de Justicia, 11 de septiembre de 2007, Registro Oficial Suplemento 423). En la legislación ecuatoriana se ha previsto a los delitos que protegen la honra de las personas en un capítulo único: *De la Injuria*, dentro del título séptimo del libro segundo del Código Penal que trata sobre los delitos en particular; del artículo 489 al artículo 502.

La mencionada ley, divide a las injurias en dos tipos, las injurias calumniosas y las injurias no calumniosas. La injuria calumniosa de nuestra ley penal engloba el concepto general de calumnia que la doctrina contempla como la falsa imputación de un delito; mientras que la no calumniosa (concebida en la doctrina como simplemente injuria) consiste en toda otra expresión en descrédito o deshonor, o acciones ejecutadas con ese fin. (Código Penal ecuatoriano, actualizado a agosto de 2009: art. 489).

3.2.2.1.1. Injuria no calumniosa

La injuria no calumniosa es entendida como la manifestación expresa que hace una persona sobre otra de forma peyorativa para desaprobación a éste último frente a: la sociedad en general; un conjunto determinado de personas que directa o indirectamente son

receptoras del mensaje, o; desaprobarse ante sí mismo. Estas expresiones degradantes o peyorativas que llegan a ofender, serán aquellas reconocidas en las sociedades como ofensivas, al tiempo de expresarlas. (Buompadre, 2010: pág.107). Veamos a continuación en términos generales en qué consiste la injuria no calumniosa.

La esencia de este delito, de acción privada, es la imputación²² que hace una persona a la personalidad de otra atacando mediante expresiones ofensivas, degradantes o despectivas, su honra y se pueden presentar de dos formas:

1. Ofensa dirigida directamente al ofendido, o en presencia de éste. Lo que la doctrina ha llamado injuria contumeliosa.
2. Ofensa dirigida a terceros o en ausencia del ofendido. Lo que la doctrina ha llamado injuria difamatoria. (Buompadre, 2010: pág.106).

El delito de injuria no calumniosa puede efectuarse por varios medios: por escrito, de forma verbal, por medio de la prensa, por medios informáticos, dibujos, caricaturas, grafitis, imágenes, emblemas, símbolos, gestos, entre otras. Estos medios buscan efectuar acciones de deshonor, agrediendo el honor mediante la autoestima y autovaloración, y/o descrédito, agrediendo la reputación del ofendido. En palabras de Buompadre: “Las acciones típicas que describen el precepto legal de la injuria son el deshonorar y el desacreditar a otro. La doctrina suele identificar la primera modalidad de la acción con la injuria por deshonor (honor subjetivo: autoestima o autovaloración) y la segunda con la injuria por descrédito (honor objetivo: fama o reputación)”. (Buompadre, 2010: pág.108).

Ahora bien, las injurias no calumniosas previstas en el artículo 489 del Código Penal ecuatoriano como: “(...) toda otra expresión proferida en descrédito, deshonor o menosprecio de otra persona, o en cualquier acción ejecutada con el mismo objeto”, al igual que en la legislación chilena, se subdividen en graves y leves. De acuerdo al artículo 490 de nuestra ley penal, son:

²² “(...) la injuria debe tener carácter imputativo, esto es, tiene que estar formada por imputaciones que recaigan sobre la personalidad de otra persona, o sea, que atribuyan calidades, costumbres, o conductas susceptibles de ser apreciadas como peyorativas para la personalidad del ofendido. Sin imputación (manifestaciones vagas, ambiguas, genéricas, imprecisas, etc., carentes de significación ofensiva o de capacidad para lesionar el bien jurídico) no resulta posible la tipificación de la injuria”. (Buompadre, 2010: pág. 108).

“Las injurias no calumniosas son graves y leves. Son graves:

1o.- La imputación de un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias pueden perjudicar considerablemente la fama, crédito, o intereses del agraviado;

2o.- Las imputaciones que, por su naturaleza, ocasión o circunstancia, fueren tenidas en el concepto público por afrentosas;

3o.- Las imputaciones que racionalmente merezcan la calificación de graves, atendido el estado, dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor; y,

4o.- Las bofetadas, puntapiés, u otros ultrajes de obra.

Son leves las que consisten en atribuir a otro, hechos, apodos o defectos físicos o morales, que no comprometan la honra del injuriado”. (Código Penal ecuatoriano, actualizado a agosto de 2009: art. 490).

De este artículo se desprende que a excepción del numeral cuarto, bofetadas puntapiés y ultrajes de obra; el objeto de las injurias graves señaladas en el resto de numerales que hemos transcrito, no tiene una fácil determinación, ya que como decíamos, las ofensas que se catalogan como injurias no calumniosas se relacionan con las ideas que en el momento de la imputación se consideren como afrentosas por la sociedad, situación que no resulta precisa.

Sin embargo, nos atrevemos a clarificar los tres primeros numerales de los delitos de injuria no calumniosa grave: **1)** Cuando se refiere a un vicio entendemos que son todas aquellos malos hábitos, y en el caso de falta de moralidad, entendemos a ésta como la ausencia de reglas que rigen la conducta proba de los seres humanos en todos sus actos. La imputación de estas injurias deberá traer consigo como consecuencia la mala fama del ofendido; **2)** Del numeral segundo entendemos a esta clase de imputaciones como la atribución a otro sobre hechos que la opinión pública considera como humillantes y degradantes; y **3)** En relación al numeral tercero sobre la calidad del ofendido y el ofensor, creemos que el legislador hace esta diferenciación porque si bien todas las personas tenemos una honra, ésta no es igual para todos; es así que una injuria no será igual de ofensiva para todos sino que ésta variará de acuerdo a la edad, sexo, oficio, profesión y demás características específicas del ofendido y el ofensor.

Así las cosas, se sustenta de mejor manera la necesidad de la voluntad de causar un daño, que debe impulsar el actuar del ofensor como elemento determinante del tipo penal; cuando se busque implementar este tipo de delitos.

En cuanto a las injurias leves no calumniosas, creemos que su objeto es claro en el artículo antes citado, pues las expresiones afrentosas a las que se refiere son los sobrenombres que aluden a defectos o características físicas y hechos que no resultan tan graves como para mancillar la honra y el crédito del ofendido pero le son dañinas y reprochables.

Para la imposición de la pena como consecuencia de injurias no calumniosas graves la ley penal hace una distinción entre las imputaciones públicas o privadas, proveniente del artículo 495 que dice:

“El reo de injuria grave no calumniosa, realizada de palabra o hecho, por escrito, imágenes o emblemas, en alguna de las circunstancias indicadas en el Art. 491, será reprimido con prisión de tres a seis meses y multa de seis a doce dólares de los Estados Unidos de Norte América; y en las circunstancias del Art. 492, con prisión de quince días a tres meses y multa de seis dólares de los Estados Unidos de Norte América”. (Código Penal ecuatoriano, actualizado a agosto de 2009: art. 495).

En efecto, las disposiciones que emanan del art 491, son de carácter público; y, las del artículo 492, de carácter privado. El contenido de estos artículos sobre las imputaciones públicas y privadas las revisaremos en el delito de calumnia ya que para este delito sólo varía la multa y la prisión más no el contenido de las imputaciones públicas y privadas.

Las injurias no calumniosas leves en cambio, son consideradas como contravenciones de tercera clase por lo que acarrearán una multa de hasta catorce dólares y prisión de dos a cuatro días, o sólo una de ellas. (Código Penal ecuatoriano, actualizado a agosto de 2009: art. 606 numeral 15).

Podemos observar entonces como estos delitos contemplan siempre una penalidad de restricción de la libertad, y de multas dinerarias. Si bien la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Kimel vs. Argentina” ha señalado que la vulneración de los derechos fundamentales es motivo suficiente para poner en

funcionamiento el instrumento penal, esto no significa que en todos los casos ésta vía sea necesaria y proporcional, o mucho menos que en todos los casos la sanción deba ser la privación de la libertad. (Kimel vs. Argentina, 2008: Párr. 71).

3.2.2.1.2. *Injuria calumniosa*

La injuria calumniosa es la falsa imputación de un delito establecido en la ley y es uno de los delitos más graves entre los delitos contra el honor. Requiere de una conducta imputativa, que según Buompadre, ponga a cargo de alguien específico, la comisión de un delito concreto, determinado en la norma legal con todos sus requisitos, tales como: tiempo, lugar, objeto, etc. de otra manera no se configura el delito de calumnia. Pero no solo el delito debe ser determinado, sino también la víctima, sobre quién recae la imputación. (Buompadre, 2010: págs. 93-94).

La imputación debe ser falsa, su falsedad es el elemento que delimita la tipicidad de la injuria calumniosa, la imputación del cometimiento de un delito, a un tercero, que verdaderamente ha sido cometido por aquel, descarta la configuración del delito de injuria calumniosa, en palabras del autor arriba citado:

“La falsedad de la imputación es el elemento que delimita la tipicidad de la calumnia. A diferencia de la injuria en la que resulta indiferente que la imputación del hecho sea verdadera o falsa, la imputación de un delito que verdaderamente ha sido cometido descarta la configuración de la calumnia”. (Buompadre, 2010: pág. 95).

Pues bien, en la legislación ecuatoriana las injurias calumniosas: “falsa imputación de un delito (...)”, (Código Penal ecuatoriano, actualizado a agosto de 2009: art. 489) pueden ser públicas o privadas al igual que las injurias no calumniosas, aunque para estos casos se intensifica la pena y la multa. En el primer caso, públicas, cuando las imputaciones se hubieren emitido en lugares públicos; frente a diez o más de diez personas; por medios escritos impresos o no, imágenes, emblemas, expuestos al público; o dirigidos o comunicados a otras personas; y serán reprimidos con prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinte y cinco dólares. (Código Penal Ecuatoriano, actualizado a agosto de 2009: art. 491). En el caso de ser privadas: los que hicieran la imputación privadamente, o

en concurrencia de menos de diez personas; y serán reprimidos con uno a seis meses de prisión y multa de seis a doce dólares de los Estados Unidos de América. (Código Penal ecuatoriano, actualizado a agosto de 2009: art. 492). Así, al igual que en los delitos de injuria no calumniosa, en los delitos por injuria calumniosa también se prevé sanciones de prisión y multa.

Para terminar con las injurias calumniosas es necesario dejar claramente enunciados los elementos que conforman la estructura básica de este delito, ya que la inexistencia de uno de estos elementos del tipo penal, produce la ausencia del tipo o atipicidad. De esta manera, los elementos necesarios para que se configure una injuria calumniosa, serán:

- 1) La imputación de un hecho delictivo determinado a una persona concreta. Para Bacigalupo es fundamental la determinación del delito atribuido y de las circunstancias de modo, tiempo y lugar. (Bacigalupo, 2002: 99);
- 2) Que el hecho imputado constituya delito, y;
- 3) Que la imputación sea falsa.

Creemos que de estos tres elementos indispensables sólo los dos últimos se encuentran claramente establecidos en la ley penal ecuatoriana al decir que la injuria es calumniosa, cuando consiste en la falsa imputación de un delito. Es decir que la imputación será siempre falsa y corresponderá únicamente al delito, excluyendo las faltas o contravenciones. Pero con respecto al primer elemento vemos que no existe una estipulación que obligue a que tanto el hecho como el ofendido estén completamente determinados al expresar la injuria calumniosa. A pesar de ello la jurisprudencia ecuatoriana se ha encargado de señalar que el ofendido debe ser una persona en concreto²³ y que el hecho delictivo también ha de ser determinado, al señalar que:

²³ “(...) revisada la voluminosa documentación presentada, de las expresiones del procesado ante el Congreso Nacional en la interpelación o juicio político contra él, por una parte, y por otra y sobre todo, de todas las expresiones del ingeniero Ruiz Coral en la entrevista realizada por el periodista Félix Narváez (...), se encuentra en definitiva que no existe una imputación concreta del Ing. Ruiz contra el Lcdo. Napoleón Gómez Real, de un delito o una infracción penal determinada, sino lo que impugna, o ataca, o acusa, es la negociación realizada por Inetel con la empresa Cibertec, (...) Y solo, cuando es requerido por el periodista que dé nombres de las personas involucradas en esa negociación, que el periodista interroga si es un atraco al Estado, el entrevistado contesta afirmativamente. (Comprendiéndose que los interlocutores entienden que atraco es un robo calificado de dineros públicos), el ingeniero Ruiz responde, que son los representantes a ese tiempo del Fondo de Solidaridad. Y exigido el entrevistado, si es que era en convivencia con los que le llevaron a juicio político, dice que posiblemente) y presionado nuevamente por el periodista, de que si el diputado Gómez y Cibertec atracaron al Estado, contesta textualmente: Yo pienso que sí, yo pienso que sí. Pero, estas frases, estas palabras empleadas por el Ing. Ruiz, en la mentada entrevista al contestar la pregunta que le formula el periodista señor Narváez, no configuran la falsa imputación de un delito al diputado Gómez, que es lo que constituirá la injuria

“La injuria calumniosa -la cual precisamente ha motivado la iniciación de la presente causa, consiste, de conformidad con el referido artículo 489 del Código Penal, "en la falsa imputación de un delito"; empero, como no basta con que a una persona se le califique genéricamente de delincuente -verbi gratia ladrón, estafador o violador- sino que las expresiones han de ser específicas y determinadas, como bien lo advierte el autor Carlos Cisneros Pazmiño cuando afirma que "La imputación debe ser determinada: el hecho delictivo tiene que ser preciso, concreto y determinado, sin importar si se trata de un delito consumado, frustrado o en grado de tentativa; no bastan las imputaciones vagas o genéricas, como el llamar ladrón o estafador a un individuo". El subrayado nos pertenece. (Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial No. 5 de 21 de febrero 2008: pág. 1904).

Estos requisitos resultan indispensables, razón por la que algunas legislaciones como la Argentina han optado por reformar su texto respecto de las calumnias en sentido de que contenga los elementos necesarios sobre el tipo penal de injurias calumniosas que hemos revisado. Así el texto actual sobre el delito de calumnia en el Código Penal argentino nos resalta este primer elemento al decir que la injuria calumniosa es la falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado. (Código Penal de la Nación Argentina, 2009: art. 109).

La injuria, ya sea calumniosa o no es un delito doloso de manera que el ofensor debe proferirla de forma consciente y voluntaria, con el fin de causar daño. El dolo es el elemento subjetivo de los delitos contra la honra, y se sustenta en la ley penal cuando dice: “Nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia”. (Código Penal ecuatoriano, actualizado a agosto de 2009: art. 32). El dolo, como elemento subjetivo en esta clase de delitos se halla en el ánimo de injuriar y se descarta si de la expresión resulta evidente o se logra probar una intención distinta, coincidimos con la entonces Corte Suprema de Justicia que señala:

calumniosa según el Art. 489 del Código Penal, porque no es categórica la afirmación de que el diputado Gómez esté involucrado en la negociación con Cibertec, sino inducida en cierta forma por la pregunta del entrevistador, ante la cual el procesado expresa su pensamiento. Uno de los derechos humanos, reconocido universalmente, es la libertad de pensamiento y de expresarlo, y nadie puede ser juzgado por lo que piensa o por lo que crea, a menos, (y solo únicamente en este caso), de que al expresar su pensamiento quien lo hace, dolosamente, con intención positiva de causar daño, afirme categórica y concretamente, de que la persona a la cual se refiere sea autor o responsable de un delito determinado”. El subrayado nos pertenece. (Corte Suprema de Justicia, 30 de enero 2007, Registro Oficial Suplemento 472).

“Se debe preguntar además si hay ánimo de injuriar, es decir si las expresiones fueron inferidas con ese propósito evidente. El animus narrandi, el animus jocandi no configuran la injuria”. (Gaceta Judicial Serie XVI, No. 13, septiembre-diciembre 1998, p. 3569). 4) Soler señala que "se suele plantear el tema de modo que se considera la posibilidad de excluir ese animus en virtud de la concurrencia de otros animi que serían incompatibles con aquél y que, en consecuencia, eliminarían el delito. En este sentido, se habla del animus narrandi como situaciones subjetivas que harían desaparecer el carácter ofensivo de ciertos hechos por vía eliminatoria" (Soler, ob.cit., p. 252). Tal criterio ha sido recogido y desarrollado por las Salas de lo Penal de esta Corte Suprema (...). (Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial No. 5 de 21 de febrero 2008: pág. 1904).

En cuanto al elemento objetivo de los delitos de injuria no calumniosa serán las imputaciones que la sociedad ha catalogado por medio de la costumbre, como ofensivas al honor y al crédito de las personas; y para las injurias calumniosas, la imputación falsa de un delito que se encuentre tipificado en la ley penal, de acuerdo con el principio de legalidad ya revisado. El mismo fallo arriba citado nos dice que: “En resumen, para determinar la existencia del *animus injuriandi* que es consustancial al delito de injurias es preciso establecer la existencia del tipo objetivo de la injuria misma: que sea apta e idónea para afectar la honra, si contiene agravio o imputación calumniosa”.

3.2.2.2. Delitos contra la administración pública

Uno de los tipos penales más criticados hoy en día respecto de los delitos que atentan contra el derecho a la libertad de expresión es el desacato, considerado generalmente como un delito contra la administración pública. En la legislación ecuatoriana, su objeto se encuentra principalmente expresado en: los delitos contra la administración pública, como se desprende de la jurisprudencia que sostiene: “(...) el desacato es un delito contra la Administración Pública, y el acta solicitada no tiene nada que ver con la administración pública, ya que el Sindicato de Chóferes es una institución de Derecho Privado” El subrayado nos pertenece. (Tribunal Constitucional, Registro Oficial Suplemento 55 de 29 de mayo 2008); pero a su vez lo encontramos en un artículo dentro de los delitos contra el honor.

3.2.2.2.1. *Desacato*

El desacato²⁴ que resulta de un interés particular para este trabajo es aquel delito de acción pública mediante el cual se atenta contra la majestad de funcionarios y autoridades públicas, por medio del uso de expresiones injuriosas durante el ejercicio de sus funciones o en atribución a ellas, a pesar de que el desacato se entiende además como la desobediencia al mandato de la autoridad. En este sentido, las leyes de desacato que nos competen, encuentran sus antecedentes en la antigua roma, y se conservan hoy en día con la excusa de mantener el orden público y dar a los funcionarios públicos y autoridades, mayores libertades a la hora de ejercer sus funciones.

Con estas leyes de desacato, como señala la organización *Human Rights Watch*: “Los gobiernos se protegen de las críticas desestabilizadoras, ya que éstas, no solo ponen en duda la efectividad del individuo y su trabajo, sino que crean un descontento generalizado sobre la administración a la cual representan”. (Informe Anual sobre la compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1995).

El bien jurídico protegido en los delitos de desacato, ha sido tema de importantes debates doctrinarios por la dificultad de su determinación. Una doctrina comúnmente aceptada en la actualidad es aquella que sostiene un doble objeto de protección: por un lado el honor ya que necesariamente el sujeto pasivo será una persona a la cual se le atribuye un insulto, calumnia o amenaza; y por otro lado, el normal ejercicio de la función pública. Es así que el desacato según la doctora Armendáriz León, es considerado un tipo penal pluriofensivo, por requerir, tanto la afectación de bienes o intereses estatales, como individuales. (Armendáriz, 2002; Capítulo II). Es un error afirmar que el bien jurídico que se busca proteger con el desacato es únicamente el honor, la dignidad o la reputación de la autoridad ofendida, ya que la ley resguarda estos derechos para todos los ciudadanos por igual, por medio de la tipificación de la injuria y la calumnia, como también señala Armendáriz: “(...) el honor del que participa en la función pública no es diferente del que no lo hace”.

²⁴ “Desacato: Irreverencia con lo sagrado./ Falta de respeto a los superiores./ Estrictamente, dentro del derecho Penal, el delito que se comete insultando, calumniando, injuriando, o, amenazando a una autoridad o funcionario público en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas; ya se infiera la ofensa de palabra o de hecho, cuando sea en su presencia o por escrito que se les dirija”. (Cabanelas, 1982: pág. 98).

En nuestra legislación, el desacato comprendido como aquellas expresiones que ofenden a la autoridad, se halla en el libro II, título III, *De los delitos contra la administración pública* del Código Penal, donde destacan los siguientes artículos. El artículo 230 de esta norma, sanciona el desacato o vilipendio contra el presidente de la república sosteniendo que: “El que con amenazas, amagos o injurias, ofendiere al Presidente de la República o al que ejerza la Función Ejecutiva, será reprimido con seis meses a dos años de prisión y multa de dieciséis a setenta y siete dólares de los Estados Unidos de Norte América”.

En este caso el sujeto activo ha sido identificado por el legislador con la frase: El que (...); y el sujeto pasivo, es decir la autoridad pública ofendida, cumple con la característica especial del desacato, de ser una autoridad pública, pero en este caso en particular la autoridad se encuentra diferenciada, pues para fundamentar el delito de desacato en este artículo, sólo podrá ser el presidente de la república dicha autoridad pública; y el objeto del tipo se configura con: la amenaza, amagos o injurias.

Los artículos siguientes 231 y 232 del Código Penal sancionan el desacato proferido contra los funcionarios públicos en general de la siguiente manera:

“El que con amenazas, injurias, amagos o violencias, ofendiere a cualquiera de los funcionarios públicos enumerados en el Art. 225²⁵, cuando éstos se hallen ejerciendo sus funciones, o por razón de tal ejercicio, será reprimido con prisión de quince días a tres meses y multa de ocho a cuarenta y siete dólares de los Estados Unidos de Norte América. Los que cometieren las infracciones detalladas en el inciso anterior contra otro funcionario que no ejerza jurisdicción, serán reprimidos con prisión de ocho días a un mes”. “El que faltare al respeto a cualquier tribunal, corporación o funcionario público, cuando se halle en ejercicio de sus funciones, con palabras, gestos o actos de desprecio, o turbare o interrumpiere el acto en que se halla, será reprimido con prisión de ocho días a un mes”. (Código Penal ecuatoriano, actualizado a agosto de 2009: artículos 231 y 232).

²⁵ “El reo de igual tentativa contra un Senador o Diputado, Ministro de Estado, Magistrado o Juez, Gobernador o cualquier otro funcionario público que ejerza jurisdicción o autoridad civil o militar, cuando se halle en actual ejercicio de sus funciones, o por razón de su ministerio, será reprimido con cuatro a ocho años de reclusión mayor, aunque no llegue a inferirse daño alguno. Si el atentado se cometiere contra la vida de cualquier otro funcionario público que no ejerza jurisdicción, el autor será reprimido con reclusión menor de tres a seis años”. (Código Penal del Ecuador, actualizado a agosto de 2009).

Estos artículos son los que a nuestro criterio incorporan el objeto del desacato de mejor manera, concebido como un delito contra la administración pública; ciñéndose además a la forma en la que la mayor parte de los países que no lo han derogado, lo consideran. Sin embargo, su objeto también se puede ver en el artículo 493 cuando señala que:

“Serán reprimidos con uno a tres años de prisión y multa de seis a veinte y cinco dólares de los Estados Unidos de Norte América, los que hubieren dirigido a la autoridad imputaciones que constituyan injuria calumniosa. Si las imputaciones hechas a la autoridad constituyeren injurias no calumniosas, pero graves, las penas serán de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a diecinueve dólares de los Estados Unidos de Norte América”. (Código Penal ecuatoriano, actualizado a agosto de 2009: art. 493).

Esta norma se encuentra dentro de los delitos contra la honra del Código Penal, lo cual nos permite pensar que el bien jurídico protegido aquí, deja de ser la administración pública, como se entiende en los demás casos. Bajo este artículo, la honra del funcionario público es el bien jurídico protegido, haciendo una diferenciación entre las personas particulares y las autoridades, que creemos resulta innecesario.

Ahora bien, existen otras normas en el Código Penal que contienen aquel objeto del delito de desacato que se refiere al incumplimiento o desobediencia de mandatos emanados de una autoridad competente, este es el caso del artículo 234, que reza:

“Los que, fuera de los casos expresados en este Código, desobedecieren a las autoridades cuando ordenaren alguna cosa para el mejor servicio público, en asuntos de su respectiva dependencia y de acuerdo con sus atribuciones legales, serán reprimidos con prisión de ocho días a un mes”. (Código Penal ecuatoriano, actualizado a agosto de 2009: art. 234).

Cabe destacar que aunque el artículo antes citado es el único que se denomina a sí mismo como desacato, haciendo alusión al concepto entendido por desacato como la desobediencia a los mandatos de la autoridad, no quiere decir que esta sea la única disposición que pueda entenderse como tal, ya que a lo que nos debemos atener es al objeto que contienen los tipos penales y no al mero enunciado. Es así que pudimos

identificar al delito de desacato, en cuanto a su estricto sentido penal de injuriar y ofender a la autoridad pública, en otras disposiciones penales.

En relación a esa segunda acepción que trata al desacato como la desobediencia a la autoridad, también encontramos normas referentes a cuando dicha desobediencia se da por parte de funcionarios públicos, quienes en estos casos serían los sujetos activos de la conducta típica. Estas normas se enmarcan en las violaciones de los deberes de funcionarios públicos y van del artículo 249 al 255. En estos casos se sanciona el desacato que surge del incumplimiento, diferimiento, u obstaculización de una orden, dimisión fraudulenta de cargo, y el exceso de atribuciones o atribuciones indebidas por parte de los funcionarios públicos. No nos detendremos a revisarlas ya que, como dijimos, representan al desacato como desobediencia a la autoridad, desvinculándose del concepto penal de desacato que nos concierne como método de restricción de la libertad de expresión.

Las leyes de desacato resultan de gran incongruencia con los estándares internacionales sobre el derecho a la libertad de expresión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que en lugar de fijar con claridad el mayor grado de tolerancia que debe tener la autoridad pública frente a expresiones ofensivas que dañen su honra y reputación, debido a su voluntaria participación en asuntos de interés público y su mayor alcance para desvirtuar esas expresiones, el legislador le otorga una protección excesiva. (Palamara Iribarne vs. Chile, 2005: párr. 83). No podemos olvidar que las normas que protegen el derecho a la honra de todas las personas sí se encuentran contempladas por nuestro ordenamiento jurídico.

En este sentido se pronunció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe anual de 1994 cuando instó a todos los países de la región a derogar las leyes de desacato que otorgan una protección excesiva e innecesaria a los funcionarios públicos, argumentando que estas leyes resultan incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Informe Anual sobre la compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1995).

Nos hemos limitado a las normas de desacato contenidas en la ley penal ecuatoriana, mas no desconocemos que puedan existir otras disposiciones jurídicas que involucren el objeto del desacato como ofensa e injuria a la autoridad pública en el resto de nuestra legislación.

3.2.3. Consideraciones:

En nuestra legislación, todos los delitos que buscan sancionar el uso abusivo del derecho a la libertad de expresión se reprimen con privación de libertad, siendo esta pena, en muchos casos innecesaria e inequitativa. Como se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe haber proporcionalidad entre la conducta tipificada y la sanción, así como una valoración de si existe o no la necesidad de imponer la sanción penal. (Kimel vs. Argentina, 2008: párr. 72).

Nuestra ley no prevé diferenciación alguna sobre las expresiones emitidas respecto de particulares y las expresiones emitidas respecto de funcionarios públicos o sobre asuntos de interés público, como ha sugerido en varias ocasiones la jurisprudencia internacional, en aras de dar una protección especial a las expresiones que tienen un interés común. Así, cuando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos reparaciones para Mauricio Herrera Ulloa, ésta solicitó además:

“La adecuación legislativa de los artículos del Código Penal que se refieren a los delitos contra el honor, de conformidad con las normas internacionales que rigen la materia. Es decir, que se requiera a Costa Rica que adopte las medidas necesarias para que en el sistema legal costarricense no se restrinja indebidamente el ejercicio del derecho de libertad de expresión mediante su legislación respecto de los delitos de calumnias e injurias en casos referidos a publicaciones referentes a funcionarios públicos o temas de interés público, así como la creación de una segunda instancia plena e independiente para este tipo de delitos”. (Herrera Ulloa vs Costa Rica, 2004: párr. 188 literal g.1).

Por el contrario en el Ecuador, las expresiones sobre funcionarios públicos o sobre asuntos de interés público, se encuentran más protegidas por las estudiadas leyes de desacato. De ninguna manera negamos que el derecho a la honra, es un derecho fundamental que puede verse vulnerado por el ejercicio abusivo del derecho a la libertad de expresión pero por otro lado las expresiones de las personas también se encuentran en un nivel similar de protección, por lo que coincidimos con la jurisprudencia internacional al instar por

métodos de ponderación de derechos razonables cuyas sanciones sean siempre proporcionales.

Siendo la normativa penal la más restrictiva en cuanto priva al individuo de su libertad connatural, es importante atenerse a los principios y elementos que conforman legítima su implementación. No olvidemos que la responsabilidad penal es:

“Es un mal porque la pena inflige sufrimiento a quien se la impone y representa un costo humano y social muy elevado para la comunidad; pero en cuanto la pena es necesaria o imprescindible, puede considerarse socialmente como un bien (bien relativo) porque preserva la convivencia pacífica entre los hombres, si bien como último recurso y a un costo muy elevado. Justo porque es un mal bastante grave, no resulta racional ni lícito acudir a la pena como expediente para resolver conflictos sociales que pueden afrontarse de otra manera, o incluso dejar sin solución coercitiva cuando esto no implica un riesgo muy elevado de guerra”. (Fernández, 1995: Pág. 442).

3.3. Responsabilidad Civil

Ahora veremos la responsabilidad civil de quienes traspasan los límites señalados en líneas anteriores, al ejercer de forma abusiva su derecho a la libertad de expresión; y, la aceptación prioritaria de la responsabilidad civil frente a la responsabilidad penal por parte de la Comisión y la Corte Interamericana de derechos humanos. La responsabilidad civil, es la consecuencia de un hecho jurídico que ha ocasionado un perjuicio o un daño y por lo tanto merece ser reparado. Para Carbonnier es “(...) la obligación de reparar el perjuicio causado a otro”. (Carbonnier cit. por Tamayo, 1998: pág.3).

Para entender la responsabilidad civil que emana del uso arbitrario de la libertad de expresión como medida alternativa a la responsabilidad penal, debemos primero sentar las bases generales sobre la clasificación que la doctrina, la jurisprudencia y la normativa jurídica han establecido sobre este tipo de responsabilidad. Sólo así podremos identificar con claridad el origen y el fundamento de la responsabilidad civil que corresponde, como consecuencia a los abusos del derecho a la libertad de expresión.

El ámbito de la responsabilidad civil es muy amplio; en primer lugar encontramos que se subdivide en la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual o *aquiliana*. La primera atinente a la responsabilidad que nace de los contratos y la segunda proveniente de los cuasicontratos, los cuasidelitos y los delitos civiles. Como es lógico el individuo que ha ejercido su derecho a expresarse libremente, sin reparo de los límites impuestos a este derecho no ha quebrantado una obligación convencional proveniente del incumplimiento o cumplimiento imperfecto de un contrato, por el contrario su actuar resulta en un hecho ilícito voluntario no convencional, propio de aquellos hechos que acarrearán una responsabilidad civil extracontractual; así las clasifica nuestro código civil:

“Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”. (Código Civil ecuatoriano, actualizado a agosto de 2009: art.1453).

En este punto quedan entonces descartadas la responsabilidad civil contractual y, sobre la responsabilidad civil extracontractual, los cuasicontratos (hechos lícitos). De manera que analizaremos los delitos y los cuasidelitos que son hechos ilícitos, no convencionales. Para identificar los delitos de los cuasidelitos diremos que los primeros son aquellos que se cometen con intención de causar daño (con dolo), y los cuasidelitos sin intención de causar un daño pero con imprudencia, negligencia o impericia (con culpa), conforme lo establece el código civil ecuatoriano:

“Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen, o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella.

Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato.

Si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito.

Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito”. (Código Civil ecuatoriano, actualizado a agosto de 2009: art. 2184).

Las expresiones que conllevan perjuicio o causan daño a otro, bien pueden darse en forma de cuasidelito, cuando el autor de la expresión dañina no ha tenido la debida prudencia al expresarse; o en forma de delito civil, cuando se ha buscado causar el perjuicio y se ha actuado con malicia. Esto se debe a que un mismo hecho ilícito puede ser susceptible de responsabilidad civil delictual o cuasidelictual.

Ahora bien, una vez identificada la naturaleza y el origen de la responsabilidad civil, de la cual son susceptibles los actos de abuso del derecho a la libertad de expresión que causan daño, es decir: los hechos ilícitos, no convencionales, que se cometen en forma de delito (dolo) o cuasidelito (culpa), es importante encasillar estos actos en una de las clases de responsabilidad civil extracontractual, pues de esta clasificación dependerá la forma de reparación que amerite.

La responsabilidad civil extracontractual a causa de delitos y cuasidelitos puede ser de dos clases: objetiva y subjetiva. La primera es aquellas que se fundamenta en el riesgo y el resultado, dejando de lado la conducta y la intencionalidad del actor. Son aquellos hechos cuya ejecución o ejercicio siempre acarrear un riesgo, por lo que lo único que se considera es el resultado del hecho riesgoso, si éste resulta en un perjuicio o daño cabe indemnización independientemente del elemento culposo, pues en cualquier caso será susceptible de reparación, a menos que se pruebe la culpa de la víctima. Mientras que la segunda, la responsabilidad civil extracontractual subjetiva, tiene como elemento sustancial la conducta y la intencionalidad de quien comete el acto ilícito. Tamayo Lombana sostiene que:

“En efecto dos concepciones sirven de fundamento a la responsabilidad civil en la época contemporánea: la culpa y el riesgo. De ello resulta la responsabilidad subjetiva y objetiva. La primera se basa en la culpa. Fácilmente comprensible. La segunda en una responsabilidad sin culpa, esto es, una responsabilidad por el resultado, o responsabilidad objetiva”. (Tamayo, 1998: pág. 23).

El abuso del derecho a la libertad de expresión que causa daño, es sin duda un hecho ilícito que se fundamenta en la culpa del autor, es decir, la responsabilidad civil extracontractual subjetiva, por cuanto se fundamenta en el análisis de la conducta del sujeto. Alessandri ha definido a esta responsabilidad diciendo que: “es subjetiva la que se funda en la culpa o

dolo del agente. (...) supone necesariamente la culpabilidad de su autor; no existe sino a condición de que el hecho perjudicial provenga de su culpa o dolo. Para saber si la hay, es de rigor analizar la conducta del sujeto; por eso se llama subjetiva.” mientras que para el mismo autor, la responsabilidad objetiva es aquella que: “prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad; en ella se atiende única y exclusivamente al daño producido (...). Es el hecho perjudicial, el hecho liso y llano y no el hecho culpable o doloso que genera la responsabilidad”. (Alessandri, 1943: pág. 92).

Las expresiones que causan daño tendrán que ser entonces las que han sido difundidas con culpa o dolo del autor, ya que la difusión de una expresión que causa daño no acarrea responsabilidad por el simple hecho de haberse expresado, puesto que el ejercicio de hablar o expresar ideas y pensamientos, no es en sí misma una acción riesgosa que independientemente de la negligencia del autor o su intención de dañar, sea capaz de causar un daño; es la intencionalidad y la conducta del autor lo que determina si el hecho resultó en un perjuicio.

Entre los elementos que conforman la responsabilidad subjetiva, además del acontecimiento ilícito, el daño y el nexo causal entre ambos, resulta imprescindible la culpa como elemento estructural de esta responsabilidad. Las expresiones que causen daño serán aquellas que hayan sido emitidas con intención del autor de provocar un daño a la víctima o hayan sido emitidas sin la debida prudencia y diligencia del caso. Sin culpa no habrá responsabilidad. Por el contrario, la responsabilidad objetiva, es aquella cuyos elementos estructurales contemplan únicamente el acontecimiento, el daño y el nexo causal entre estos; es el caso típico de los accidentes aéreos, cuya actividad, independientemente de la culpa de un individuo específico, es siempre riesgosa. El piloto de una aeronave no necesariamente actúa con malicia, imprudencia o negligencia cuando se ocasiona un accidente; cada vez que un avión despega de tierra firme existe un riesgo de accidente creado que podría acaecer; lo cual no sucede cada vez que las personas ejercen su derecho a expresarse. El riesgo de causar daño a alguien al ejercer el derecho a la libertad de expresión, es totalmente controlable por el individuo que ejerce su derecho, y en principio no debería nunca causar daño a menos que el individuo lo desee (con dolo) o no utilice un comportamiento adecuado y prudente (culpa).

Para la víctima de hechos ilícitos que resultan en una responsabilidad civil extracontractual subjetiva, no siempre es fácil probar la culpa del demandado, razón por la cual la doctrina y la jurisprudencia han dividido a esta responsabilidad en la responsabilidad extracontractual subjetiva de primer grado o probada, mediante la cual se mantiene la regla general en relación a la carga de la prueba, es decir el actor debe probar la culpa del demandado, además de los otros elementos de la responsabilidad subjetiva; y, la responsabilidad subjetiva de segundo grado o presunta, por medio de la cual la culpa del demandado se presume y por lo tanto, es sobre éste, sobre quien recae la carga de la prueba. Hay una inversión de la carga de la prueba sobre el elemento de culpabilidad.

Para no extendernos más en el análisis de este tema que podría desviar el asunto central de nuestro trabajo de investigación, diremos basándonos en la jurisprudencia y en la doctrina que la responsabilidad subjetiva probada, también conocida como la doctrina de la responsabilidad subjetiva clásica, son principalmente todos los actos de responsabilidad que se derivan del hecho propio, es decir, los que se señalan en el artículo 2214 de nuestro código civil. Mientras que la responsabilidad extracontractual subjetiva presunta, se derivan del hecho ajeno ya sea de dependientes, animales o cosas, y se encuentran contempladas del artículo 2220 al 2228 de nuestro código civil, en virtud de que en todas estas disposiciones se presume la culpa del imputado con la subsiguiente posibilidad de que éste pruebe su diligencia y cuidado para que el hecho no ocurra. Nuestra jurisprudencia ha establecido en este sentido una clara visión respecto de la responsabilidad subjetiva (presunta y probada) y la responsabilidad objetiva, que nos atrevemos a transcribir a continuación:

“Respecto a este tema, el tratadista Arturo Valencia Zea, al comentar las disposiciones del Código Civil colombiano sobre la responsabilidad extracontractual, que son similares a las contenidas en el Título XXXIII del Código Civil ecuatoriano, expresa: "La principal fuente de daños se encontraba antiguamente en el hecho propio, en el hecho de personas que se hallaban bajo el cuidado de otras y en el de ciertas cosas, como los animales y la ruina de edificios. Pero la época actual, especialmente el siglo XX, creó una nueva y fecunda fuente de daños: la de los causados en actividades o explotaciones peligrosas, los cuales tienen su origen en el uso de toda suerte de vehículos, máquinas y nuevas energías como ocurre con los automóviles, ferrocarriles, naves aéreas, marítimas y fluviales,

la electricidad, la construcción de obras, etc. Para decretar la indemnización por esta clase de daños resultó insuficiente el criterio fundado en la culpa, puesto que la causa de la mayor parte de accidentes es desconocida; con razón se ha dicho que el hombre moderno "utiliza fuerzas de las cuales él mismo desconoce su naturaleza y poder". Igualmente, el criterio de la simple presunción de culpa, como sucede con los daños debidos al hecho ajeno, resulta impotente, pues el dueño de una explotación (empresa de ferrocarriles, automóviles, fábricas, etc.) bien podría demostrar que ha puesto los cuidados del caso para evitar accidentes y que éstos se han realizado a pesar de todas las previsiones tomadas. De ahí la necesidad de estatuir un nuevo tipo de responsabilidad para esta clase de daños, eliminando el criterio de culpa mediante una responsabilidad de pleno derecho o estableciendo una presunción absoluta de la misma. (...) nuestra jurisprudencia nacional configuró una responsabilidad especial por los daños causados en industrias o actividades que ofrezcan determinados peligros, dando una nueva interpretación al artículo 2356 (2256 del Código Civil ecuatoriano). Veamos esta ordenación: 1. El artículo 2341 (2241 del Código Civil ecuatoriano) se refiere a los daños causados mediante hechos propios, que en general tienen el mismo sentido o espíritu a la conducta humana que forma el contenido de la responsabilidad penal. Es el derecho común. 2. Los artículos 2347 a 2349 (2247 a 2249 del Código Civil ecuatoriano) se refieren a daños causados por el hecho ajeno y de los cuales deben responder los padres de los menores, los tutores o curadores, los amos o patronos, directores de colegio, etc. 3. Los artículos 2353 y 2354 (2253 y 2254 del Código Civil ecuatoriano) estatuyen normas acerca de los daños causados por los animales, de los cuales deben responder sus dueños o poseedores. 4. Los artículos 2350 y 2355 (2250 y 2255 del Código Civil ecuatoriano) comprenden los daños causados por la ruina de un edificio o por cosas que se caen de la parte superior del mismo, de los que deben responder los dueños o poseedores de la construcción o edificio. 5. Por consiguiente, lo más natural es pensar que el artículo 2356 (2256 del Código Civil ecuatoriano) se refiere a una clase diferente de daños; y estos no son otros que los ocasionados por actividades o explotaciones peligrosas. II. Los mismo ejemplos del artículo 2356 (2256 del Código Civil ecuatoriano).- (...) eran actividades peligrosas en la época en que se redactó el Código; de ahí que la doctrina y la jurisprudencia resolvieron ampliar dichas aplicaciones a otros casos de industrias, explotaciones o actividades que ofrecen peligros especiales en la época moderna". (Obra citada,

pág. 233)”. (Corte Suprema de Justicia, 29 de octubre de 2002, Gaceta judicial 10, serie 17).

Como podemos darnos cuenta, los delitos civiles respecto del daño que se podría causar al ejercer la libertad de expresión sin mira a los límites que protegen derechos de otras personas, son en principio actos de hecho propio y por lo tanto conllevan responsabilidad extracontractual subjetiva probada y se someten a las reglas generales sobre la carga de la prueba. Sin embargo creemos que podría darse una suerte de responsabilidad subjetiva por hecho ajeno, cuando dependientes y subordinados cometen el hecho ilícito, en cuyo caso habrá una inversión de la carga de la prueba, siendo el demandado a quien le corresponde probar que actuó con prudencia y diligencia en la educación y vigilancia del hijo y en la elección y vigilancia del subordinado. (Tamayo, 1998 pág. 30) Para Valencia Zea: “Aunque la culpa se presume, como sucede con la responsabilidad por el hecho ajeno de personas que se hallan bajo el cuidado de otras, no obstante se trata de responsabilidad subjetiva, pues normalmente se permite al autor del daño demostrar la ausencia de culpa en su obrar o conducta”. (Valencia Zea, 1962: pág.186).

3.3.1. El daño

No nos cabe duda que el abuso de la libertad de expresión puede traer como consecuencia un daño que como reza el Código Civil, el infractor está obligado a indemnizar: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito” (Código Civil ecuatoriano, actualizado a agosto de 2009: art. 2214). Para identificar la responsabilidad civil que emana del ejercicio abusivo de la libertad de expresión debemos tener muy presente la clase de daño que estos ilícitos causan ya que de ello depende la forma de indemnizar este tipo de lesiones.

Pues bien, definamos los tipos de daño civil según los derechos que vulneran. El daño civil menoscaba dos clases de derechos, los derechos patrimoniales y los derechos extrapatrimoniales. En el primer caso hablamos del daño por lucro cesante, es decir el que consiste en la pérdida sufrida en razón de no adquirirse el derecho que debía adquirirse; y el daño emergente, el que consiste en la pérdida o disminución de un derecho subjetivo. (Valencia Zea, 1962: pág. 198 y 199). En cuanto a los derechos extrapatrimoniales, el daño

que se suscita es el daño moral, entendido como la lesión que sufre una persona en su honor, reputación, afectos o sentimientos, por acción culpable o dolosa de otro. (Cabanellas, 1981: pág.: 7).

En el caso que nos ocupa, siendo el honor y la reputación bienes extrapatrimoniales, nos incumbe principalmente el daño moral, sin embargo, este daño puede generar como consecuencia otros daños de orden patrimonial que no podemos desconocer. En palabras de Gil Barragán:

“(…) tengamos en cuenta que al clasificar, no puede haber rigidez, pues un daño puede encasillarse en diferentes clases. Así, el daño moral no supone solo un menoscabo de los derechos extrapatrimoniales ni el material es solo lesión de bienes materiales. Hay situaciones en que un hecho dañoso lesiona un derecho extrapatrimonial, como la vida o la salud, y también produce un daño patrimonial, como la incapacidad para el trabajo, los gastos de entierro o de curación (por eso se habla a veces del daño patrimonial indirecto, que es el perjuicio material provocado por el ataque a un derecho extrapatrimonial)”. (Barragán, 2008: 69).

De esta manera, las clases de daño no son excluyentes y por el contrario es totalmente factible que un mismo hecho dañino cause los dos tipos de daño (material e inmaterial). Esta situación podría también ser el caso de los hechos ilícitos que son consecuencia del abuso de la libertad de expresión. En estos casos el daño que se genera produce directamente un daño moral extrapatrimonial, que como menciona Espinoza, “Es el que lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial”. (Espinoza, 2003: pág.179), y por lo tanto lesiona a bienes jurídicos como:

“(…) los derechos de la personalidad: integridad, estética, imagen, pudor, creencias, honor, derecho al nombre y a la privacidad; o a las libertades individuales: derechos de movimiento, de residir, de reunirse, de opinar, de religión, de empresa, de trabajo, lo mismo que los derechos de familia, profesionales, cívicos, políticos”. (Tamayo, 2005: págs. 58-59).

El daño en que se incurre atenta principalmente contra los bienes intrínsecos del individuo, bienes que son imposibles de resarcir de forma integral, sin embargo las consecuencias de

este daño moral pueden repercutir en daños patrimoniales. Como prevé el código civil, las ofensas contra el honor y la reputación de las personas también pueden acarrear indemnizaciones por daño emergente y lucro cesante. (Código Civil ecuatoriano, a agosto de 2009: art. 2231).

Cuando como consecuencia del daño producido al abusar de nuestra libertad de expresión se perjudica además del bien inmaterial del honor, derechos patrimoniales; el perjuicio de estos últimos resulta fácil de determinar en dinero, dado su naturaleza material. De esta manera no será complicado fijar una indemnización por daños materiales causados en forma de lucro cesante y daño emergente; sin embargo, si será una ardua tarea para el juez fijar la indemnización correspondiente por el perjuicio inmaterial y el dolor ocasionado: el daño moral.

Por poner un ejemplo: quién logra demostrar la culpa del demandado y el nexo causal entre la expresión injuriosa y los daños materiales e inmateriales causados (ej. pérdida de su trabajo y sufrimiento por la expresión proferida), tiene derecho a ser indemnizado por: **a)** lucro cesante y daño emergente, es decir por la pérdida en sí de su trabajo, la pérdida de las remuneraciones y más emolumentos dejados de percibir; y **b)** daño moral, por el menoscabo sufrido en su honor así como el descrédito y la deshonra que dicha expresión le ha causado. El juez no tendrá mayor dificultad para fijar la indemnización por los daños inmateriales (a) ya que éstos son perfectamente ponderables y cuantificables en dinero, para lo cual se valdrá del salario de la víctima y el tiempo de desempleo, pero se complica la tarea del juzgador al fijar la indemnización por daño moral, pues no existe un valor pecuniario equivalente o un justo precio sobre el honor y el dolor ocasionados.

3.3.2. Formas de reparación civil

Para introducir al tema de la reparación civil por daño moral, antes hay que tener muy presente que la responsabilidad civil es de carácter resarcitorio y no sancionador o ejemplarizador, pues su intención final es reparar a la víctima siendo para ello, el daño la pieza clave de la indemnización. Tratando sobre este tema, en relación al daño moral, Gil Barragán acoge el pensamiento de Borda de la siguiente manera:

“Guillermo Borda (...) observa sin embargo, que la gran mayoría de autores acepta ahora que la indemnización tiene carácter resarcitorio. Este punto de vista tiende a triunfar en la doctrina -dice- porque es más amplio y se adapta mejor al principio de la reparación integral; en cambio, la teoría de la sanción ejemplar o punitiva es más restrictiva: como que se trata de una sanción, no interesa tanto la consideración del daño sufrido como la gravedad de la falta cometida. (Borda cit. por Barragán, 2008: pág.106).

En este sentido, la reparación civil por daño moral que deriva de los daños ocasionados por el abuso del derecho a la libertad de expresión en menoscabo de derechos como la honra y la reputación, tiene como objetivo aliviar en mayor grado posible el daño, para lo cual se ha instituido en nuestra legislación principalmente la posibilidad de una indemnización pecuniaria, sin embargo hay formas civiles alternativas o complementarias para reparar esta clase de daños. Para sintetizar las formas de reparación tomamos como referencia la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que nos dice:

“Quien incurre en responsabilidad civil extracontractual debe indemnizar (reparar o resarcir) a la víctima que ha sufrido el daño. Existen dos modos de resarcimiento a la víctima, un modo de hacerlo es lo que se denomina reparación natural o *in nature*, que consiste en la reintegración en forma específica, o reparación en especie: implica literalmente volver las cosas al estado que tendrían si no hubiese ocurrido el hecho dañoso. El otro modo de reparar el daño es la llamada reparación por equivalente, o propiamente Indemnización, mediante la cual aunque no se reintegre en forma específica el bien dañado se compensa o resarce el menoscabo patrimonial sufrido en razón del perjuicio por una cantidad dineraria”. (Corte Suprema de Justicia, 29 de octubre de 2002, Gaceta judicial 10, serie 17).

3.3.2.1. Reparación pecuniaria

Esta forma de reparar el daño a la honra de una persona también conocido como *pretium doloris*, busca ponderar de alguna manera económica los bienes jurídicos violentados que por su carácter subjetivo no tienen un valor económico específico o cuantificable fácilmente en dinero. Así lo faculta nuestro Código Civil:

“Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral.” El subrayado nos pertenece. (Código Civil ecuatoriano, actualizado a agosto de 2009: art. 2231).

Como hemos dicho antes, debido a la naturaleza inmaterial de los bienes afectados por daño moral, es difícil determinar un valor pecuniario justo que resarza el daño, además en la legislación ecuatoriana no existe una normativa que regule los alcances del daño moral y una fórmula exacta para su indemnización pecuniaria, por lo cual la indemnización económica que resulte de este tipo de daño será a discrecionalidad del juez, tal y como lo menciona el tercer inciso del artículo 2232 del Código Civil:

“(…) La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo”. El subrayado nos pertenece. (Código Civil ecuatoriano actualizado a agosto de 2009: art. 2232).

En este sentido, el juez que imponga la reparación pecuniaria tiene en sus manos una gran tarea ya que debe fijar una suma que logre reparar el daño tomando en cuenta que ésta no debe ser de aquellas que produzcan un enriquecimiento injustificado a la víctima, pero sí que le sirva para proporcionarle satisfacciones que compensen y disuadan el dolor; en palabras de Milan Semic: “(…) para atenuar sus sufrimientos y restablecer en cierta medida, su equilibrio psíquico perturbado por el perjuicio”, (Milan Semic, cit. por Tamayo, pág. 64). Esto, teniendo en cuenta la particular importancia que ocupa la honra como bien jurídico tutelado en un sistema de protección a los derechos humanos, y la libertad de expresión como un derecho de igual importancia que no debe verse censurado por miedo a sanciones pecuniarias exorbitantes.

Por esta razón, además de la correcta ponderación de las circunstancias y los hechos, creemos que es deber del juez fijar montos indemnizatorios equivalentes en casos similares recurriendo a la jurisprudencia, así como a la prudencia y equidad en su valoración. En este sentido la segunda sala de lo civil y mercantil de la Corte Suprema de Justicia sostiene que:

“(…) el daño síquico o moral es inconmensurable e intangible, más que lesiones de orden patrimonial, lo constituye el sufrimiento, la humillación y otros aspectos psicológicos, cuya compensación por medio de la reparación, queda a la prudencia del Juez determinar el valor de la indemnización, atentos a las circunstancias de la justificación de la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta perpetrada”. (Corte Suprema de Justicia, Expediente de casación 229, Registro Oficial 386 de 8 de agosto de 2001).

No resulta sencillo determinar la reparación que corresponde a quienes han sido dañados en su honra y reputación por (daño moral), ya que es imposible borrar por completo el sufrimiento, el dolor y el malestar que el daño ha causado en su espíritu. A pesar de ello la doctrina y la jurisprudencia han optado por este tipo de reparación pecuniaria que al no poder reparar propiamente el daño causado, busca satisfacer y compensar de alguna manera la lesión, Valencia Zea lo explica así:

“En principio, el dolor no es reparable en la misma forma que los perjuicios que tienen repercusiones en los derechos patrimoniales. La doctrina y la jurisprudencia establecen que si el dolor no admite una indemnización propiamente tal, por lo menos es posible una satisfacción. La Corte Suprema ha dicho que el dinero tiene dos importantes funciones: una de equivalencia, cuando se trata de reconstruir un patrimonio menoscabado; y una función satisfactoria o de consolación, cuando se trata del dolor o el perjuicio de afección. Esta última función la llena el dinero, no tratando de reemplazar el dolor experimentado, los afectos perdidos, pero si haciéndolos menos sensibles, borrando hasta donde sea posible las consecuencias de esas sensaciones. Gracias al dinero se procuran sensaciones agradables que contrarrestan las sensaciones dolorosas o desagradables. En la vida ordinaria también el dinero tiene no solamente la función de proveer a las necesidades materiales, sino que con él también se satisfacen necesidades morales, intelectuales y artísticas”. (Valencia Zea, 1962: pág. 203).

3.3.2.2. *Reparación en especie o in natura*

Se ejerce mediante acciones que buscan remediar el daño de tal manera que el bien jurídico se retrotraiga al instante antes de la provocación del daño. Si bien esta forma de reparación

es inaccesible en el caso de determinados bienes jurídicos por ejemplo, la vida de un ser querido, calzan bien en el caso de daños al bien jurídico de la honra y reputación, puesto que existe una figura que en principio²⁶ podría ser capaz de retrotraer el bien jurídico hasta momentos antes del cometimiento del daño.

Esta figura es la de retractación de lo expresado. Cuando la expresión que deshonra es equívoca, dejando de lado el análisis del dolo o la culpa, especialmente en lo que corresponde a la prensa, debido a la cantidad de información que se maneja y las diversas fuentes; es posible enmendar el error. Así por ejemplo: la expresión errada que deshonra a un funcionario público, en relación a su tributación, es rectificable en cuanto la honra del individuo vuelva a su estado anterior en virtud de una publicación que retracta lo expresado y rectifique la información. Sin embargo la eficacia de este recurso dependerá en gran medida de la aceptación de la rectificación por parte de la víctima, así lo ha considerado la Corte Suprema de Justicia: “Ni en el precepto constitucional mencionado ni en ninguna norma legal se contempla la retractación o rectificación como una excusa absoluta por daño moral (...)”, (Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial 8 de 17 de abril de 2002). También se tomará en cuenta la intención de causar o no daño, que tenga el infractor; es decir el ánimo de injuriar, y la debida diligencia en la búsqueda de la información fidedigna. Citando jurisprudencia ecuatoriana:

“El recurrente manifiesta en apoyo de su argumento que "en España a partir de la sentencia 104-86 de 11 de julio de 1986 se comienza a considerar que el propósito de crítica excluye la injuria si se ejerce correctamente, aunque contenga expresiones agrias, desabridas o malsonantes" y luego cita la sentencia de un tribunal español que declara que no hay "*animus injuriandi*" en un artículo periodístico aunque las palabras empleadas sean naturalmente injuriosas, "si del contexto aparece un propósito distinto que prevalece sobre el de injuriar hasta desplazarlo totalmente". Por la referencia a dichas sentencias, este Tribunal de Casación, estima que lo que quiere sostener la defensa del recurrente es que no hay comprobación de la existencia material del delito de injurias por faltar el ánimo de injuriar, que es el elemento esencial que configura la infracción, aspecto completamente distinto a sostener que el querellado le ampara una causa de justificación. La sentencia 104-

²⁶ Decimos en principio ya que el grado de afectación varía según las circunstancias de cada individuo, no es el mismo para todos, a unos puede causar más perjuicio que a otros.

86 referida por el recurrente, claramente señala "que el propósito de crítica excluye la injuria si se ejerce correctamente", es decir, si no hay ánimo de injuriar, y ello no es innovación alguna, pues la doctrina imperante en los Tribunales del Justicia del Ecuador ha sido siempre, como hasta ahora, la de que no hay lesión al honor cuando no hay intención dolosa de ofender". (Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial 15 de 29 de octubre de 2004).

Además del derecho a la retractación, existen otros medios para reparar *in natura* o en especie el daño cometido por una expresión. Entre ellos están: el reconocimiento público de responsabilidad, y la publicación de la sentencia condenatoria, como promulga nuestra legislación²⁷. En el caso del ejercicio del periodismo, se utiliza frecuentemente el derecho a la réplica, es decir que el involucrado en cierta noticia tiene derecho a defenderse personalmente, y explicar o desmentir la información por medio del mismo aparato mediático que difundió la noticia. Así lo concibe la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 14:

- “1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes, emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.
2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.
3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.”

3.3.2.3. Reparación Mixta

Existen circunstancias que ameritan la imposición tanto de una indemnización pecuniaria, como de una reparación *in natura* o en especie. Este es el caso de la víctima que considera que la reparación por medio de la rectificación, retractación o réplica y demás formas *in natura* de reparación, no son suficientes para reparar el daño causado. Especial importancia

²⁷ “El culpado está obligado a publicar, a su costa, la sentencia condenatoria, cuando la publicación constituya el medio de reparar el daño no pecuniario ocasionado por el delito”. (Código Penal ecuatoriano, actualizado a agosto de 2009: art.71).

tienen los casos de la reincidencia de información errada, que merma el crédito o el honor de la víctima, o los casos donde se prueba que el objetivo del actor en el cometimiento del hecho ilícito era el causar daño (dolo); o no tuvo el debido cuidado (culpa). (Alessandri, 2005: pág. 190).

4. Perspectiva de la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la responsabilidad ulterior civil y penal

En términos generales, para la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, son garantía de una libre expresión tanto la libertad de opinión, como la libertad de información, cuyo ejercicio abusivo trae como consecuencia responsabilidades ulteriores de carácter principalmente penal y civil. Como ya hemos revisado, para considerar factible cualquier tipo de responsabilidad debe justificarse su implementación, es decir que se impongan en defensa de los objetivos que señala la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y cumplan los requisitos jurídicos mencionados en el punto 2 de este capítulo.

Surge entonces la problemática de definir ciertas pautas que nos permitan decidir qué tipo de responsabilidad, de las estudiadas (civil o penal) implementar, y en qué casos. Para ello, como no podía ser de otra manera, resulta prudente indagar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de los tipos de responsabilidad que se consideran compatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Una vez analizado el supuesto ejercicio abusivo del derecho a la libertad de expresión, y llegado a la conclusión de que efectivamente existe dicho abuso enmarcado en los requisitos estudiados, es posible fijar entonces el tipo de responsabilidad. Los tipos de responsabilidad más comunes que restringen el derecho a la libertad de expresión son los estudiados en el presente trabajo, de manera que son sobre los cuales analizaremos el criterio de la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Pues bien, en función de proteger objetivos imperativos, como lo son los legitimados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 13, dentro de una sociedad democrática; el ejercicio abusivo de la libertad de expresión traerá como consecuencias, en el más estricto de los casos, una responsabilidad penal, y de lo contrario, una

responsabilidad civil. Para identificar en qué casos se aplica qué tipo de responsabilidad es entonces esencial identificar primero la gravedad de la afectación incurrida, pero además la Corte Interamericana derechos Humanos en sus considerandos de distintos casos ha señalado que sirve también tomar en cuenta que la responsabilidad, cualquiera que ésta sea, debe ser *proporcional* a la afectación y *debe ser necesaria* para preservar un interés social superior, como la democracia y el orden público.

Tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos están de acuerdo con que existen ciertas expresiones cuya magnitud hacen de la responsabilidad penal una sanción proporcional y necesaria, sin embargo la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace referencia a las condiciones que hemos estudiado en el acápite *de los tipos penales* y señala que:

“(…) en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana”. (Lori Berenson vs. Perú, 2004: párr. 125).

De esta manera se demuestra que la responsabilidad penal debe ser implementada con mucha cautela ya que las condiciones antes mencionadas no pueden ser tomadas a la ligera y su falencia puede causar grandes perjuicios a los individuos y a la sociedad, es así que para que se invoque el máximo poder punitivo del Estado se debe considerar:

1. Que la conducta se encuentre correctamente tipificada;
2. El dolo con que fue cometida la conducta tipificada;
3. Las características del daño causado injustamente (si es grave, medio o leve);

4. Que la prueba recaiga sobre el querellante;
5. Que exista proporcionalidad entre la gravedad de la conducta y la pena que se busca imponer²⁸.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como el criterio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, además hacen una distinción entre la diferente responsabilidad en que se incurre cuando el abuso del ejercicio de la libertad de expresión se comete contra sujetos particulares o asuntos de interés privado; y la responsabilidad que genera el abuso de la libertad de expresión cuando versa sobre asuntos de interés público, funcionarios públicos o personas notorias que voluntariamente han hecho de sí mismas factible el acceso público. A pesar de que la vía penal es aceptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando el individuo ha incurrido en un ejercicio abusivo de su derecho a expresarse, que además ha causado voluntariamente un daño grave, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sí considera que: “El Estado tiene otras alternativas de protección de la privacidad y la reputación menos restrictivas que la aplicación de una sanción penal”. En este sentido, “(...) la protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público” y a través de “leyes que garanticen el derecho de rectificación o respuesta”. El subrayado nos pertenece. (Kimel vs. Argentina, 2008: párr.72).

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considera que las expresiones sobre asuntos de interés público o sobre funcionarios públicos, revisten de una protección especial, así: “Las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático”. (Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2004: párr. 128), esto debido a que esta clase de expresiones, que tratan sobre actividades que salen de la esfera privada a la esfera pública, son necesarias en una sociedad democrática para el correcto desempeño de

²⁸ “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”. (Kimel vs. Argentina, 2008: parr.78).

la opinión pública; y, las presuntas víctimas (funcionarios públicos o celebridades), previo el ejercicio público de sus funciones han aceptado implícitamente una tolerancia mayoritaria al escrutinio y a la crítica de la ciudadanía.

Este carácter distintivo no implica que los funcionarios públicos no se encuentren amparados por el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos referente al derecho al honor y reputación de las personas, ya que no se fundamenta en la calidad del individuo sino en las funciones que ejerce. Según la mencionada Convención: “(...) Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza (...)”. (Kimel vs. Argentina, 2008: párr. 86). Este razonamiento nos lleva a pensar que los delitos de desacato no tienen sustento, y por el contrario se contraponen a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que otorgan ineludiblemente una protección especial a las autoridades.

Ahora bien, en base a la jurisprudencia podemos afirmar que el criterio general de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sustenta la teoría del derecho penal mínimo, que engloba el principio de intervención mínima del derecho penal, con el objeto de que se utilice la vía penal como último recurso. Esta teoría garantista, la recalca el juez García Ramírez, en su voto concurrente a la sentencia del caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sometido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la siguiente manera:

“(...) es preciso recordar que, en general -y salvo rezagos históricos y tentaciones autoritarias, que no son pocas ni se hallan en receso-, prevalece la corriente favorable al denominado Derecho penal “mínimo”, es decir, al empleo moderado, restrictivo, marginal, del aparato punitivo, reservado precisamente para aquellos casos en que es imposible o francamente inadecuado optar por soluciones menos abrumadoras”. (Herrera Ulloa vs. Costa Rica, voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, 2004: párr. 15). **(anexo C)**

El derecho penal es entonces el último medio a emplearse. Es tan excepcional para la Corte Interamericana de Derechos Humanos la vía penal, que si tomamos en cuenta los casos sometidos a su jurisdicción en torno a la colisión entre los derechos de libertad de expresión y el honor o libertad de expresión y seguridad nacional; no hay hasta el día de hoy una sentencia emitida por dicho organismo que no haya criticado el uso de la vía penal

debido a la falta de proporcionalidad entre la responsabilidad impuesta y la afectación, siendo en todos los casos reprochado el tipo de responsabilidad penal, así como solicitado al Estado infractor la adecuación de las normas de derecho interno a la Convención Interamericana de Derechos Humanos en cumplimiento de su art. 2.

Siendo la vía penal excepcional en el caso de responsabilidad ulterior, nos queda la vía civil que por el contrario es aceptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en virtud de que es capaz de reparar el daño. En palabras de García Ramírez:

“(...) la sentencia civil entraña por sí misma, una reparación consecuente con la necesidad de satisfacer el honor de quien reclama la tutela judicial. El valor de la sentencia, *per se*, como medio de reparación o satisfacción moral, ha sido recogido por la Corte (...). Por otra parte, la misma sentencia civil puede condenar al pago de ciertas prestaciones correspondientes al daño moral y, en su caso, material, causado a la persona a quien se difamó. Así las cosas, una resolución civil provee las dos especies de reparación que revisten mayor interés para el sujeto agraviado, y además entraña, para satisfacción social, el reproche jurídico que merece una conducta ilícita”. (Herrera Ulloa vs. Costa Rica, voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, 2004: párr. 18). **(anexo C)**

Recopilando la opinión del autor arriba citado, creemos que la responsabilidad civil se ajusta perfectamente para los ilícitos en contra del honor²⁹, ya que no conlleva las consecuencias de la responsabilidad penal como por ejemplo la inhibición de la difusión de expresiones y por lo tanto el desaliento al debate público. Este es un riesgo que una sociedad democrática de derecho no puede tomar. Sin embargo, no podemos desconocer que la responsabilidad civil podría tener, al igual que la responsabilidad penal, un efecto inhibitorio sobre la libertad de expresión, si se implementa erróneamente y de forma desproporcional en cuanto a las prestaciones monetarias que pueden imponerse.

Como ya hemos dicho, la función del pago de una reparación civil, por daño moral o material tiene que sujetarse a reparar los daños probados, mas no puede ser de aquellas que

²⁹ Refiriéndose a la responsabilidad civil: “Esa otra forma de enfrentar la ilicitud --sostuve entonces y afirmo ahora-- parece especialmente adecuada en el supuesto de (algunas o todas las) afectaciones al honor, la buena fama, el prestigio de los particulares. Esto así, porque a través de la vía civil se obtienen los resultados que se querría derivar de la vía penal, sin los riesgos y desventajas que ésta presenta”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia del caso “Kimel vs. Argentina”; 2008; párr. 2).

resulten en una riqueza del ofendido, es así que, los jueces llamados a fijar estos montos, deben limitarse a dar una satisfacción monetaria que produzca una satisfacción compensatoria del daño moral y/o repare el daño material. En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“Las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores”. (Ricardo Canes vs. Paraguay, 2004; párr. 196).

Una indemnización pecuniaria por daño moral exorbitante y desproporcional, desde nuestro punto de vista, puede ser igual o más lesiva, para la libertad de expresión, que la privación de libertad, como condena. Así lo estima también la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“(…) 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 el resultado evidente y disvalioso de autocensura, tanto para el afectado como para otros potenciales críticos de la actuación de un servidor público”. (Tristán Donoso vs. Panamá, 2009: párr. 129).

Hasta aquí hemos topado los derechos de los demás, como el límite al derecho de libertad de expresión más controvertido, sin embargo nos queda la seguridad nacional, el orden, la salud y la moral pública, como un solo objetivo legítimo que es el bien común. Sobre este límite al ejercicio de la libertad de expresión, que se materializa en los delitos contra la administración pública, los casos más importantes presentados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos son: *Usón Ramírez vs Venezuela* y *Palamara Iribarne vs Chile*. En ambos casos el Estado limitó la libertad de expresión de los involucrados alegando que sus expresiones atentaban contra la seguridad nacional, en el primer caso el Estado venezolano castigó con privación de la libertad a Francisco Usón por una opinión; mientras que en el

segundo caso, Humberto Palamara fue condenado a prisión por el Estado chileno, después de ser incautados, de su domicilio y de la editorial, todos los ejemplares del libro *Ética y Servicios de Inteligencia*, siendo víctima además de la censura previa.

Los fundamentos que expondremos sobre el tipo de responsabilidad necesaria y proporcional que se deba imponer como límite a la libertad de expresión en función de un objetivo común como es la protección de la seguridad nacional, el orden, la salud y la moral pública, se fundamentan entonces en el criterio de la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de los casos antes mencionados.

Partimos de que la protección de la seguridad nacional, el orden, la salud y la moral pública son un objetivo legítimo para la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por los cuales se puede limitar el derecho a expresarse libremente. Es así que estos objetivos comunes son invocados por los Estados cuando se quiere por algún motivo restringir el acceso a la información y prohibir así la difusión de la misma; sin embargo esta restricción es compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, solo cuando el propósito de interponer tales medidas sea en aras de combatir un riesgo real e inminente. En palabras de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

“(…) si bien el Estado puede imponer responsabilidades ulteriores basadas en la ‘seguridad nacional’, éstas sólo son legítimas si ‘su propósito genuino y efecto demostrable es proteger la existencia del país contra el uso o la amenaza de la fuerza, proteger su integridad territorial contra el uso o la amenaza de la fuerza, proteger su capacidad de reaccionar al uso o la amenaza de la fuerza, o proteger la seguridad personal de los funcionarios gubernamentales principales’”. (Usón Ramírez vs. Venezuela, 2009: párr. 89).

Por esta razón, la restricción de la libertad de expresión en cualquiera de sus formas, invocando la protección de la seguridad nacional, es delicada y se presta fácilmente para que las expresiones en realidad sean restringidas en función de intereses políticos u económicos. Como se infiere de la cita anterior, el pretexto de peligro de la seguridad nacional o demás objetivos comunes, debe ser susceptible de prueba, de lo contrario una simple hipótesis o conjetura podría ser carta abierta para que los Estados restrinjan la libertad de expresión según sea su conveniencia, situación que es ilegítima en cuanto

termina vulnerando la opinión pública que como ya hemos dicho tantas veces es un baluarte de la democracia en los Estados de derecho.

En los dos casos indicados en líneas anteriores, el Estado se limitó a mencionar la seguridad nacional como razón por la cual se imponen las responsabilidades, sin embargo, no fundamentó en absoluto cual era el peligro inminente y debido a que expresión determinada. Al igual que en los delitos contra el honor, los delitos en contra de la seguridad pública prevén los mismos requisitos de legalidad, objeto legítimo, necesidad y proporcionalidad, así como el principio de última *ratio* del derecho penal, “(...) la Corte ha señalado anteriormente que el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita”. (Palamara Iribarne vs Chile, 2005: párr. 79), de manera que entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, rigen estas últimas sobre las primeras y las reglas sobre las limitaciones al derecho de libertad de expresión.

La responsabilidad en los casos de propagandas discriminatorias, apología del odio nacional e inclusive la responsabilidad en que incurran quienes patrocinen espectáculos públicos en perjuicio de la moral de la infancia y la juventud, también deberían según el inciso 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estar establecidas en la ley. En estos casos la responsabilidad mantiene los requisitos antes mencionados teniendo que ésta ser proporcional y necesaria para proteger un objetivo imperativo.

A pesar de la prevalencia que hemos podido constatar de la responsabilidad civil sobre la penal, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado una situación específica para la implementación de responsabilidad penal y es la reincidencia de la conducta ilícita. Así lo señala García Ramírez en su voto concurrente razonado:

“En algunos casos se ha previsto la posibilidad de sancionar penalmente la reiterada comisión de ilícitos inicialmente sancionables bajo el Derecho civil o administrativo. En tales supuestos, la reiteración de una falta implica el agravamiento de la ilicitud, hasta el extremo de que ésta transite del orden civil o administrativo al orden penal y sea sancionable con medidas de este último carácter. Pudiera haber otras opciones, de media vía, en el camino que lleve a la solución que no pocos consideramos preferible: resolver por la vía civil los excesos

cometidos a través de medios de comunicación social, por profesionales de la información”. (Herrera Ulloa vs. Costa Rica, voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, 2004: párr. 20). **(anexo C)**

No se plantea como una regla *sine qua non*; sin embargo, seguirá siendo bien visto por los sistemas internacionales de derechos humanos, en nuestro caso más próximo, la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; que para los casos que nos ocupan prime la responsabilidad civil sobre la penal. A pesar de ello, de querer aplicarse una responsabilidad penal, para los casos de abuso del derecho a la libertad de expresión, se mantienen los requisitos de las penas en cuanto a sus principios, tipificación, procedimiento, y proporcionalidad, ya mencionados en este capítulo con el objeto de que exista una garantía tanto para el individuo en particular como para la sociedad en general frente al Estado y su poder punitivo³⁰.

Concluiremos este capítulo no sin antes distinguir la diferente finalidad que conlleva la responsabilidad civil y la responsabilidad penal, de lo cual podría derivarse a su vez un fundamento adicional para decidir optar por la vía de la responsabilidad civil antes que la penal en el caso de ilícitos cometidos en contra del honor y la reputación por el abuso del derecho a la libertad de expresión.

La función de la responsabilidad civil se halla en el plano del derecho privado en cuanto lo que más concierne es la reparación integral que en aplicación de este tipo de responsabilidad se podría alcanzar; mientras que la función de la responsabilidad penal se halla en el terreno del derecho público, en este caso poco influye la reparación a la víctima, lo que prevalece es la sanción que se imponga al infractor en virtud de crear una concientización social sobre las conductas ilícitas. Así lo sostiene Alessandri:

“(…) el Derecho Civil regula las relaciones de los individuos entre sí, se ocupa primordialmente de sus intereses patrimoniales. El Derecho Penal tiene por misión asegurar el orden social, defender a la sociedad contra los que perturban o

³⁰ Insistimos en que la conducta se encuentre correctamente tipificada; se busque el dolo con que fue cometida la conducta tipificada; se analice las características del daño causado injustamente (si es grave, medio o leve); que la prueba recaiga sobre el querellante; y que exista proporcionalidad entre la gravedad de la conducta y la pena que se busca imponer.

pretenden perturbar ese orden. Por eso, al Derecho Civil le interesa el delito y el cuasidelito cuando lesionan la persona o el patrimonio ajenos a fin de que la víctima obtenga la debida reparación. (...). Al Derecho Penal, por el contrario le interesa el aspecto social del delito y del cuasidelito, el perjuicio que causan a la sociedad alterando el orden sobre el cual ella descansa, y con el objeto de evitar su repetición y ejecución por otros, pena al culpable. (...). Lo dicho explica así mismo por qué la naturaleza y extensión de las sanciones son tan diversas en uno y otro caso: el delito y el cuasidelito civil dan derecho a una indemnización de perjuicios, cuyo monto se regula en atención al daño sufrido por la víctima y no a la gravedad del hecho ejecutado. El delito y el cuasidelito penal, en cambio, acarrear sanciones de orden represivo o punitivo (presidio, relegación, multas) cuya gravedad se determina en consideración a la naturaleza del hecho y a la culpabilidad y peligrosidad de su autor". (Alessandri, 1943: pág. 20).

En cuanto a los ilícitos cometidos por el abuso del derecho a la libertad de expresión, en nuestra legislación convergen ambos tipos de responsabilidad al infringirse disposiciones penales y civiles. La responsabilidad penal prevé una multa y una sanción de privación de libertad que buscan castigar severamente al ofensor por vulnerar un derecho de los especialmente protegidos; y la responsabilidad civil prevé indemnizaciones dinerarias y/o rectificaciones *in natura* que reparen o alivien a la víctima. Para el autor arriba citado:

“Entre la responsabilidad penal y la responsabilidad delictual o cuasidelictual civil hay, pues, una separación e independencia manifiestas. Esto se debe a que provienen de causas diversas y persiguen finalidades también diversas. Mientras la responsabilidad penal deriva de una acción u omisión penada por la ley y sólo persigue el castigo del culpable, la responsabilidad delictual o cuasidelictual civil tiene por causa, el daño injusto causado a la persona o propiedad de otro y su único objeto es reparar ese daño". (Alessandri, 2005: pág. 33-34).

Siendo la injuria y la calumnia catalogados por el legislador como delitos de acción privada y no pública, en razón de que afectan a intereses particulares y no a la sociedad en su conjunto, creemos que la responsabilidad civil como consecuencia del abuso de la libertad de expresión que termina dañando el honor y la reputación, es suficientemente capaz de reparar el daño causado a la víctima, al mismo tiempo que cumple con el

requisito de proporcionalidad frente a la afectación. Creemos que de poco o de nada le sirve a la víctima y a la sociedad que el culpable se encuentre tras las rejas, ya que no consideramos al autor de la ofensa un individuo de alta peligrosidad; mientras que una reparación del daño seguramente traerá mayor interés, especialmente para la víctima; al mismo tiempo que las personas se cuidarán de no incurrir en posibles prácticas ilegítimas de restricción al derecho de libertad de expresión.

CAPITULO III: RESTRICCIONES CONTRARIAS A LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Existen varios mecanismos que buscan la manera de controlar ese intercambio de ideas, pensamientos, información y opiniones, que engloban el derecho a la libertad de expresión. La mayoría de ellos, impulsados por los propios gobiernos que pretenden minimizar al máximo grado cualquier tipo de crítica que los ponga en riesgo; o por otro lado, grupos de poder de alta influencia en la sociedad. En general quienes impulsan estos mecanismos que restringen ilegítimamente la libertad de expresión, suelen ser todos aquellos que intentan cohibir el desenvolvimiento de la opinión pública en función de sus propios intereses.

Estos mecanismos pueden ser directos o indirectos. Como mecanismos directos que vulneran el derecho a la libertad de expresión, y por lo tanto son contrarios a la Convención Americana de Derechos Humanos, tenemos aquél que contempla explícitamente el artículo 13 de este instrumento internacional: la censura previa. En otras palabras como mecanismo directo de restricción contraria al derecho a la libertad de expresión, tenemos principalmente: el control y la prohibición, de la expresión y difusión de un determinado tema o pensamiento.

Esta clase de mecanismos extremos y abiertos de violación al derecho de libertad de expresión son contrarios a los Estados democráticos de derecho y son propios de los Estados dictatoriales. Pero, a pesar de que estos mecanismos no son propios de los Estados democráticos, varios de ellos han justificado como viable a la censura previa, con la excusa de proteger otros derechos y bienes sociales imperantes como el honor y la seguridad nacional.

Ahora bien, como mecanismos indirectos existen un sinnúmero de opciones que se ingenian quienes están interesados en restringir ilegítimamente el derecho a expresarnos libremente, para lo cual la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha mencionado los siguientes:

- La asignación arbitraria de recursos públicos;
- La utilización arbitraria de los mecanismos de regulación y control;
- Barreras que impiden el libre flujo de las ideas;
- La aplicación de sanciones penales ilegítimas u opresivas como consecuencia de determinadas expresiones;
- La exigencia de la colegiatura obligatoria de periodistas;
- La autocensura.

Por parte de los grupos económicos y políticos con influencia suficiente, se ha buscado presionar a los Estados a instaurar métodos como los mencionados en el párrafo anterior. Es así que de cualquier modo que lo veamos, el Estado siempre se encuentra involucrado; ya sea por imponer mecanismos, directos o indirectos, ilegítimos para su beneficio o para el beneficio de otros; o por no cumplir con la debida protección a la que se encuentran obligados los Estados por el Pacto de San José de Costa Rica, para proteger el derecho a la libre expresión de cualquier tipo de mecanismos ilegítimos como los que veremos a continuación.

1. Censura previa

La censura previa es el examen y la aprobación que anticipadamente hace el censor gubernativo de ciertos escritos antes de dárselos a la imprenta. (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 1992). Concretamente en el caso que nos ocupa la censura previa hace referencia a la injerencia del Estado sobre cualquier forma de expresión, con el objeto de controlar e impedir la libre difusión e intercambio de ideas, opiniones y pensamientos que puedan ponerlo en riesgo o desestabilizar al gobierno.

Históricamente este instrumento de control toma fuerza junto con el desarrollo de la imprenta en 1440, siendo los casos más destacados la censura previa establecida en la inquisición y los casos de regímenes totalitarios como el nazismo en Alemania o el marxismo-maoísta en la República Popular China. (Alva Esquerria, 2001: pág. 39). Los métodos más comunes de censura previa en la actualidad son la prohibición de distribución de libros, o la prohibición de difusión de información en el internet o la difusión de filmes.

Se puede deducir en principio que la censura previa de la libertad de expresión proviene especialmente de regímenes totalitarios, con pocas garantías a los derechos humanos, sin decir con esto que no puedan existir regímenes democráticos que pongan en práctica la censura previa de distintas maneras, aunque tal vez menos evidentes. Por esta razón creemos que los Estados democráticos deberían buscar sancionar leyes que prohíban la censura previa y demás métodos de control que vulneren el derecho a expresarnos libremente, difundir ideas y acceder a la información; pero sobre todo poner mayor empeño en que dichas leyes se cumplan a cabalidad.

Ahora bien, existen circunstancias que hacen de la censura previa un fin legítimo. Este es el caso de la protección de intereses superiores que se verían críticamente vulnerados si no fuera posible examinar previamente el contenido de una determinada expresión. Existen expresiones que no pueden esperar a ser difundidas para poder ser sancionadas después de su difusión (responsabilidades ulteriores), puesto que el daño que éstas son capaces de causar es demasiado alto. Este es el caso de las expresiones que independientemente del medio que se utilice para su difusión, contienen un alto grado de violencia o sexualidad, contrario al bienestar y desarrollo de niños y adolescentes, que se encuentran especialmente protegidos por los organismos de derechos humanos a nivel internacional. En estos casos resulta entonces éticamente razonable dar paso a la censura previa de este tipo de expresiones, dirigidas a niños y adolescentes.

A continuación veremos el criterio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con relación a la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos relacionada con la censura previa; para proceder con un análisis de la legislación ecuatoriana, respecto del mismo tema.

1.1. Criterio de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sobre la prohibición de la censura previa nos habla la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el numeral 2do de su artículo 13 y nos dice que: “El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores (...)”, (El subrayado nos pertenece), sin embargo el mismo artículo en su numeral 4to, resalta una excepción que sostiene:

“4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2”. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969: art. 13 numeral 4).

Esto quiere decir entonces que la única excepción que la Convención Americana sobre Derechos Humanos acepta para implementar una censura previa es el caso en que el objetivo sea, como hemos dicho, proteger a la niñez y adolescencia de espectáculos públicos. En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“Es importante mencionar 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”. (La última tentación de Cristo vs Chile, 2001: párr. 70).

Entendemos con esto que todas las expresiones previamente censuradas, que no involucren el inciso arriba citado, son contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Es importante tener en cuenta que cuando se implementan políticas de censura previa no solo se atenta contra el individuo que se ve menoscabado en su derecho a difundir sus pensamientos, ideas o informaciones sin perjuicio de las responsabilidades posteriores que tenga que asumir por el ejercicio abusivo de su derecho; sino que también se vulnera la dimensión social que conlleva la libre expresión, se restringe ilegítimamente al público en general el acceso a una idea, pensamiento, información u opinión que tienen derecho a recibir y sobre la cual tienen derecho a juzgar a cuenta propia su contenido³¹.

³¹ “Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia”. (La última tentación de Cristo vs. Chile, 2001: párr. 66).

Existe entonces una vulneración subsecuente al derecho de expresarse libremente, y es que se violenta además el derecho al libre acceso de la información. Independientemente de que tipo de información sea la que se busque censurar o el medio por el cual se piensa difundir dicha información, este derecho ligado al de libertad de expresión lo consagran la mayoría de constituciones como la ecuatoriana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ahora bien, creemos que existe otra excepción que legitima la censura previa, si bien ésta no proviene explícitamente del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se desprende del artículo 27³² del mismo instrumento y trata sobre la suspensión de garantías en ciertos casos específicos señalados por el mismo artículo. Siendo que la libertad de expresión no se encuentra dentro de la lista de garantías irrevocables en estados de emergencia, creemos coherente pensar que en estos casos el Estado sí podría implementar disposiciones que permitan la censura previa. Para ello, la Convención Americana sobre Derechos Humanos se ha cuidado de que este artículo no resulte de naturaleza amplia, como para que los Estados a su arbitrio dispongan medidas que terminen suspendiendo abusivamente garantías consagradas por este instrumento internacional a sus ciudadanos, en cualquier momento.

Si bien el derecho a la libertad de expresión, al igual que otros derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sí pueden suspenderse mediante mecanismos como la censura previa, en virtud del artículo arriba citado, ésto solo puede ser en los casos y con los requisitos que invoca el mismo artículo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia.

³² “Suspensión de Garantías: 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. 3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión”. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969: art. 27).

Para entender con claridad los límites y requisitos que se necesitan para suspender legítimamente las garantías reconocidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos recomendamos revisar la opinión consultiva OC 9/87. (Opinión Consultiva OC-9/87, 1987) y los requisitos necesarios para invocar la seguridad nacional, que hemos revisado en el acápite 1.2 del capítulo anterior.

Entre los casos más destacados sometidos a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación a la censura previa, se encuentran: *La última tentación de Cristo*, film que fue censurado y posteriormente prohibida su difusión en Chile; y el caso Palamara Iribarne, en el cual se censuró el libro *Ética y Servicios de Inteligencia*, por cuenta del mismo gobierno de Chile.

En ambos casos hubo censura previa puesto que se prohibió explícitamente la difusión de métodos convencionales de expresión de ideas, pensamientos e informaciones, después de un análisis previo de su contenido, mismo que se justificó en normas preexistentes en la legislación chilena, que daban cabida a este tipo de restricciones. De esta manera en el primer caso, la película: *La última tentación de Cristo*, fue censurada en virtud de un examen negativo realizado por un Consejo de Calificación Cinematográfico cuyas atribuciones se fundamentaban en el artículo 19 numeral 12 de la Constitución chilena, antes de que ésta fuese reformada, y el decreto ley No. 679. El segundo caso de censura previa se fundamentó, en el artículo 89 de la Ordenanza de la Armada chilena que obliga se solicite permiso al comandante de la Armada para publicar artículos de prensa.

Para la implementación de censura previa en los casos citados se alegó: en el caso de la película *La última tentación de Cristo*, la dignidad y el honor de Jesucristo; y en el caso de la censura previa al libro *Ética y Servicios de Inteligencia*, la protección a la seguridad del Estado.

En el primer caso la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que se violentó la libertad de expresión artística en virtud de que el Estado, al haber ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, tenía la obligación de prohibir todas las prácticas que resulten incompatibles con las garantías que dicho instrumento internacional prevé, siendo que el fondo del asunto no encajaba con la única excepción prevista por la Convención Americana sobre Derechos Humanos para la implementación de censura

previa, y por el contrario, con este consejo de calificación cinematográfica, se avalaban prácticas de censura para todos los films. (La última tentación de Cristo vs. Chile, 2001).

En el segundo caso, la censura previa al libro *Ética y Servicios de Inteligencia*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró inaplicable la medida en vista de que no se logró justificar por parte del Estado, la protección de la seguridad nacional que se alegaba. (Palamara Iribarne vs. Chile, 2005). Por esta razón el Estado chileno, en ambos procesos, incurrió en responsabilidad internacional impuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que cualquier afectación que estos mecanismos de expresión hubiesen podido causar a terceros, debía haberse resuelto mediante la implementación de responsabilidades ulteriores, más no bajo mecanismos de censura previa.

1.2. Normativa Nacional

La legislación ecuatoriana no se ha quedado atrás a la hora de reconocer el derecho a la libertad de expresión sin previa censura, para lo cual ha buscado adecuar su normativa interna a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Desde la Constitución se proclama que: “Todas las personas, de forma individual o colectiva, tienen derecho a buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior”. El subrayado nos pertenece. (Constitución de la República del Ecuador, 2008: art. 18). Es decir que todo tipo de información y expresión es libre de ser difundida sin aprobación *a priori* por parte de cualquier organismo del Estado Ecuatoriano o medio de comunicación, pero sí con la posibilidad de incurrir en responsabilidades ulteriores que garanticen los límites al derecho que nos ocupa.

La única disposición constitucional que prevé la posibilidad de implementar censura previa, es la que reza el artículo 165 de la Constitución: el estado de excepción; para cuyo caso la norma constitucional establece requisitos imprescindibles tales como: el estado de excepción lo decretará el poder ejecutivo; y, la censura previa se impondrá para las informaciones que pretendan difundir los medios de comunicación social y en los casos en que dichas informaciones traten sobre los motivos que dieron lugar al estado de excepción o la seguridad nacional. Textualmente dice:

“Durante el estado de excepción la Presidenta o Presidente de la República únicamente podrá suspender o limitar el ejercicio del derecho a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, y libertad de información, en los términos que señala la Constitución (...).

4. Declarado el estado de excepción, la Presidenta o Presidente de la República podrá: Disponer censura previa en la información de los medios de comunicación social con estricta relación a los motivos del estado de excepción y a la seguridad del Estado”. El resaltado nos pertenece. (Constitución de la República del Ecuador, 2008: art. 165 numera 4).

De lo cual se desprende que la censura previa se implementa después de haberse decretado el estado de excepción y conforme los parámetros que la Constitución y la ley señalan para que el estado de excepción sea legítimo. (Constitución de la República del Ecuador, 2008: arts. 164, 165 y 166), (Ley de Seguridad Pública y del Estado, 2009: arts. 28, 29, 30, y 31).

Inclusive la ley nos dice que en los estados de excepción estará prohibido “(...) dictar medidas que atenten contra obligaciones internacionales asumidas por el Ecuador en tratados internacionales y de derechos humanos (...)”, (Ley de Seguridad Pública y del Estado; 2009; art. 30 inciso 4) de manera que prevalecen las obligaciones asumidas por el Ecuador por medio del pacto de San José y otros tratados internacionales de derechos humanos.

Desde 1927 se encontraba vigente en el país la junta de censura de cinematógrafos cuya función era fiscalizar y censurar las películas que se proyectaban en el país. (Decreto Supremo No. 19: 1927). Existía una junta censora de cinematógrafos en cada capital de provincia que se encargaba de restringir todas las películas policíacas y aquellas que la junta censora consideraba contrarias a la moral y las buenas costumbres. El decreto supremo que daba vida jurídica a esta junta de censores, fue derogado con *la ley derogatoria No.1 para la depuración de la normativa ecuatoriana*, siendo esta la última disposición explícita respecto de la figura de la censura previa en el país.

En este sentido podemos decir que el Ecuador ha cumplido con el artículo 1.1 y 2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, al acoplar su normativa interna a los estándares de dicho instrumento internacional; sin embargo, esta restricción arbitraria al derecho de libertad de expresión puede manifestarse sin necesidad de leyes que la avalen, es por eso que el Estado, además de tomar las medidas necesarias en su ordenamiento interno para abolir este tipo de leyes, debe estar atento a sancionar prácticas que bajo cualquier forma o nombre, restrinjan la libertad de expresión mediante censura previa.

2. Asignación arbitraria de recursos públicos

El Estado no puede asignar discrecionalmente recursos públicos como publicidad oficial, asignación de frecuencias o subsidios, a los medios de comunicación con ánimo de premiar o castigar su línea editorial, ya que estas prácticas discriminatorias perjudican la expresión libre y objetiva que deben tener los medios de comunicación y por ende vician la opinión pública y la democracia. Así lo promulga la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión:

“La utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley. Los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente. Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión”. (Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión; 2000; principio 13).

Los recursos públicos de los cuales el Estado puede valerse para privilegiar o castigar a las expresiones que le favorezcan o le sean críticas a su administración y funcionarios, o simplemente le sirvan para manipular la opinión pública son, entre las más utilizadas las que veremos a continuación.

2.1. Entrega o restricción de frecuencias radioeléctricas

Los Estados al ser dueños del espectro radioeléctrico³³ tienen la potestad pública de entregar, restringir o suspender el uso de las mismas por parte de los medios de comunicación. El uso arbitrario de esta potestad pública está explícitamente prohibido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos que reza:

“No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares (...) de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información (...)”. El subrayado nos pertenece. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969: art. 13 numeral 3).

De esta manera se busca facilitar que exista un amplio y pluralista debate de ideas y pensamientos, así como proteger el derecho que tienen todos los ciudadanos de utilizar, acorde a una ley igualitaria, las frecuencias del espectro radioeléctrico. Esta disposición es conforme a los objetivos altruistas de nuestra Constitución que sostiene:

“Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a: (...)3. La creación de medios de comunicación social, y al acceso en igualdad de condiciones al uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, y a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008: art. 16 numera 3).

“El Estado fomentará la pluralidad y la diversidad en la comunicación, y al efecto:
1. Garantizará la asignación, a través de métodos transparentes y en igualdad de condiciones, de las frecuencias del espectro radioeléctrico, para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, así como el acceso a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas, y precautelarará que

³³ “Espectro radioeléctrico.- El espectro radioeléctrico es un recurso natural de propiedad exclusiva del Estado y como tal constituye un bien de dominio público, inalienable e imprescriptible, cuya gestión, administración y control corresponde al Estado (Ley especial de telecomunicaciones, 1992: art. 2).

en su utilización prevalezca el interés colectivo”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008: art. 17 numera 1).

2.2. Abuso de publicidad oficial

Los gobiernos tienen el deber de informar a sus ciudadanos de los avances y retrocesos de su gestión, para lo cual se ha instaurado la publicidad oficial. A pesar de tener un objeto legítimo, muchos gobiernos suelen incurrir en usos arbitrarios; es decir, por medio de esa publicidad oficial no solo se busca informar a la ciudadanía sino que además se la utiliza como propaganda personal, de ciertos funcionarios o de partidos políticos que buscan promover sus propios intereses. La información pública deja de ser un medio al servicio de los ciudadanos para ponerse al servicio de los gobiernos y sus funcionarios.

“La publicidad oficial debe ser entendida como un canal de comunicación entre el Estado y la población. Debe ser clara, objetiva, fácil de entender, necesaria, útil y relevante para el público. No debe promover –explícita o implícitamente– los intereses de ningún partido político ni del gobierno”. (Asociación por los Derechos Civiles, 2006: pág. 14).

En nuestra opinión, la publicidad oficial debe tener como objetivo el informar de forma real a los ciudadanos, sobre asuntos de interés público y no el de hacer campaña electoral, o beneficiar intereses de terceros. Al mismo tiempo, la publicidad oficial debe ser clara y no deberá confundir al público o manipularlo con signos y símbolos, tampoco deberá desacreditar o menospreciar a otros ya que debe ser conducida con los más altos niveles de respeto, tolerancia y objetividad que en vez de generar odios, promuevan la cultura, el desarrollo y el respeto; y por último resulta necesario que esta información sea contrastada, probada y susceptible de objeción y rectificación.

3. Utilización arbitraria de mecanismos de regulación y control

Todos los mecanismos de control y regulación deben estar previstos en la ley y deben ser aplicados por igual, sin imposición de censura previa. El control y la regulación del contenido de la programación de los medios de comunicación, que tiene potestad el Estado es, en virtud de la prohibición de la censura previa, mínima y reducida a aquellos aspectos

excepcionales en donde determinadas expresiones e imágenes deben ser reguladas en razón de que no estén al alcance de menores. Estos controles y regulaciones deben recaer sobre la mera administración y no sobre la expresión en sí misma, es decir, entre otras: horarios de programación, publicidad, publicidad oficial, lenguaje, etc.

Al igual que en la asignación arbitraria de recursos públicos, no cabe el control arbitrario de ciertos medios de comunicación o periodistas en función de su línea editorial.

“La jurisprudencia interamericana ha condenado en distintas decisiones la adopción de medidas estatales que constituyen medios indirectos de restricción de la libertad de expresión. Así, por ejemplo, ha condenado (...) el uso arbitrario de las facultades de regulación del Estado cuando estos han sido utilizados para iniciar acciones intimidatorias contra las directivas de un medio de comunicación, o para revocar la nacionalidad del director de un medio, como consecuencia de la línea editorial de los programas que transmite”. El subrayado nos pertenece. (Informe Anual de la Relatoría para la libertad de expresión 2008; Volumen III; 2009: párr. 132).

El citado párrafo hace alusión al caso Ivcher Bronstein, periodista a quién en virtud de su línea editorial crítica hacia el gobierno peruano, quedó demostrado que se le siguieron controles arbitrarios hasta el punto de revocarle el título de nacionalidad. (Ivcher Bronstein vs. Perú, 2001: párr.159-164).

4. Barreras que impiden el libre flujo de ideas

Otro mecanismo para restringir indirectamente la libertad de expresión, es con la adopción implícita o explícita de barreras que impiden el libre flujo de las ideas en función de intereses del poder político o económico. La Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto nos dice:

“(...) la libertad de expresión se puede ver también afectada sin la intervención directa de la acción estatal. Tal supuesto podría llegar a configurarse, por ejemplo, cuando por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, se establecen en la práctica "medios encaminados a

impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones". (Opinión Consultiva OC-5/85, 1985: párr. 56).

Si bien todos los medios indirectos o directos que restringen ilegítimamente la libre expresión son barreras que frenan el libre flujo de pensamientos e ideas en una sociedad democrática, los monopolios y oligopolios públicos o privados sobre la propiedad de los medios, constituyen barreras trascendentales. Así:

“Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación (...)”. (Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, 2000: principio 12).

Todos los ciudadanos deben tener acceso a los medios de comunicación, y los pensamientos de todos los grupos sociales deben poder ser difundidos, tanto en beneficio de los emisores como de los receptores de dichos pensamientos, ideas e informaciones. Cuando la propiedad de varios medios de comunicación reside en un solo agente lo más probable es que la línea editorial que reproduzca ese medio se refleje en todos los medios que ostenta el mismo grupo económico, además de que podría impulsar ideas e informaciones acorde con sus intereses y/o ideología, esto en el ámbito privado.

En el ámbito público, es plausible que el Estado como tal posea más de un medio de comunicación siempre y cuando éstos sean autónomos en su administración y ceñidos a una línea editorial de interés público donde se informe, opine y debate sobre lo público, es decir siempre y cuando su fin sea contribuir de forma imparcial y objetiva a la opinión pública. Para CIESPAL: “el medio público debe estar lejos de lo ideológico y el adoctrinamiento, no quedarse en la defensa del Gobierno, pero sí contribuir a debates sobre políticas públicas”. (CIESPAL, 2009: pág. 24). Esto aseguraría que el fin sea social pues el objetivo principal no sería el *rating* ni el adoctrinamiento, sino incentivar por esta vía los diversos pensamientos y opiniones de la ciudadanía.

Por otro lado, si una importante cantidad de medios de comunicación se encuentran directa o indirectamente en poder del Estado, nos resulta difícil pensar que todos ellos controlen, fiscalicen y critiquen la gestión del Gobierno en función de que la sociedad esté al tanto de la misma. Por el contrario creemos que los medios de comunicación pública que no sean verdaderamente autónomos, propenderían a ser más permisivos y favorecer al Gobierno escondiendo los errores de su administración ya que se deben a éste último. En cualquier caso, tanto para medios privados como para medios públicos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha dejado posibilidad a que esto ocurra y ha reiterado que no es admisible: “(...) que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista. (...)”. (Opinión Consultiva OC-5/85, 1985: párr. 33).

No nos podemos olvidar que el periodismo, como profesión es un derecho, que conlleva un deber de aquellos para con la sociedad, de ejercer su profesión de forma objetiva e imparcial, y que los medios de comunicación, al ser los encargados de la difusión de ideas, opiniones e informaciones tienen un gran poder pero a su vez una trascendental responsabilidad de promover objetiva e imparcialmente la diversidad y el pluralismo de expresiones representando a todos los sectores de la población, ya que:

“Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, *inter alia*, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas”. (Opinión Consultiva OC-5/85, 1985: párr. 33).

La legislación ecuatoriana por su parte prohíbe los monopolios u oligopolios sobre los medios de comunicación según el artículo 17 numeral 3 de la Constitución que reza: “El Estado fomentará la pluralidad y la diversidad en la comunicación, y al efecto: (...) 3. No permitirá el oligopolio o monopolio, directo ni indirecto, de la propiedad de los medios de comunicación y del uso de las frecuencias”.

Esta norma, que ha llevado a cambiar la conceptualización sobre la propiedad de los medios de comunicación social dio origen además a la reforma constitucional que actualmente prohíbe que las instituciones financieras y los medios de comunicación o sus accionistas puedan tener acciones o participación en empresas con otro giro de negocio que no sea el de instituciones financieras o medios de comunicación³⁴. Esta reforma se dio con el fin de que no exista conflicto de intereses entre los directivos y accionistas de los medios de comunicación y que puedan ser éstos más objetivos e independientes. A esta normativa se le suma la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado que prohíbe de forma general las prácticas de abuso de posición dominante en perjuicio de los usuarios de un servicio, entre las cuales está la existencia de monopolios y oligopolios. En el ámbito privado creemos que esta normativa es un paso importante para que los medios de comunicación y periodistas hagan su trabajo en función de los intereses sociales de forma honesta objetiva imparcial e independiente.

5. Sanciones penales ilegítimas u opresivas

Ya nos hemos referido antes a la responsabilidad penal y en este punto merece la pena dar un vistazo a la opinión de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de las consecuencias que trae consigo esta responsabilidad cuando se pretende imponerla ilegítimamente como sanción al abuso del derecho a la libertad de expresión. Es opinión generalizada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que las sanciones penales arbitrariamente utilizadas causan un efecto de silenciamiento de la expresión ya que las personas temen hacer determinados pronunciamientos que les puedan acarrear este tipo de sanciones. Por culpa de la expansión de este miedo, que se origina, como hemos visto, cuando no hay una seguridad jurídica acerca del poder punitivo que tiene el Estado, se puede causar un grave daño a la opinión pública es por eso que en ciertos casos las sanciones penales son un método indirecto de restricción a la libertad de expresión. En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “k) las sanciones penales como consecuencia de determinadas expresiones, podrían, en algunos casos, también ser

³⁴ “Las instituciones del sistema financiero privado, así como las empresas privadas de comunicación de carácter nacional, sus directores y principales accionistas, no podrán ser titulares, directa ni indirectamente, de acciones y participaciones, en empresas ajenas a la actividad financiera o comunicacional, según el caso. Los respectivos organismos de control serán los encargados de regular esta disposición, de conformidad con el marco constitucional y normativo vigente”. (Reforma Constitucional aprobada en consulta popular de 7 de mayo de 2011 y publicada en el R.O. Suplemento 490 de 13 de Julio de 2011. Art 312 numeral 1).

consideradas métodos indirectos de restricción a la libertad de expresión”. (Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2004: párr. 101.2 literal k).

Creemos que el instrumento punitivo del Estado puede ser un arma de gran utilidad si lo que se busca es amedrentar a la opinión pública. La jurisprudencia interamericana ha sido testigo de ciertos casos donde las sanciones penales además de ser excesivas para quien tal vez ejerció de forma abusiva su derecho a expresarse libremente han causado un efecto amedrentador en el resto de personas que pretendían dar su opinión pero prefirieron permanecer callados por miedo a ser sancionados penalmente al expresar sus ideas y pensamientos. Sobre el caso Palamara Iribarne vs. Chile, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que:

“La mera amenaza de ser acusado penalmente por expresiones críticas sobre asuntos de interés público puede provocar la autocensura. (...) La potencial aplicación de una sanción penal por la crítica a un funcionario público produce o puede producir un efecto amedrentador”. (Palamara Iribarne vs. Chile, 2005: párr. 64 literal e).

6. Colegiatura obligatoria de periodistas

En opinión consultiva OC-5-/85 propuesta por el gobierno de Costa Rica respecto de este tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado claro que la colegiatura obligatoria para periodistas es una restricción indirecta contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos pues vulnera el derecho a expresarse libremente de todas aquellas personas que no forman parte de estos colegios de profesionales. Así:

“Por efecto de la colegiación obligatoria de los periodistas, la responsabilidad, incluso penal, de los no colegiados puede verse comprometida si, al "difundir informaciones e ideas de toda índole.. por cualquier.. procedimiento de su elección" invaden lo que, según la ley, constituye ejercicio profesional del periodismo. En consecuencia, esa colegiación envuelve una restricción al derecho de expresarse de los no colegiados (...)”. (Opinión Consultiva OC-5/85, 1985: párr. 58).

La Corte, tampoco ha aceptado criterios que fundamentan la colegiatura obligatoria de periodistas en función del orden público.³⁵ El ejercicio de la profesión que nos compete constituye al mismo tiempo un derecho para todas las personas, que no puede verse sometido a un permiso previo cuya carencia pueda repercutir gravemente en quienes ejercen su derecho a expresarse, incluso con sanciones penales. Resulta que la actividad que realizan los periodistas es de aquellas protegidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos para todas las personas y no únicamente para quienes han estudiado y adquirido un título en esta materia o se han inscrito en un colegio específico. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha mencionado además que:

“Dentro de este contexto el periodismo es la manifestación primaria y principal de la libertad de expresión del pensamiento y, por esa razón, no puede concebirse meramente como la prestación de un servicio al público a través de la aplicación de unos conocimientos o capacitación adquiridos en una universidad o por quienes están inscritos en un determinado colegio profesional, como podría suceder con otras profesiones, pues está vinculado con la libertad de expresión que es inherente a todo ser humano”. (Opinión Consultiva OC-5/85, 1985: párr. 71).

Eso no quiere decir que la Corte Interamericana de Derechos Humanos esté en contra de la vigilancia y control de estos profesionales en razón de que su trabajo esté apegado a la ética y responsabilidad profesional; o en contra de que los periodistas puedan constituir asociaciones y gremios que los representen y defiendan sus derechos en relación con su ocupación, así como su independencia. Lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera para estar en contra de la colegiatura obligatoria de periodistas es el requisito de “necesidad” para la restricción, que ya hemos revisado. Así:

“las restricciones autorizadas para la libertad de expresión deben ser las "necesarias para asegurar" la obtención de ciertos fines legítimos, es decir que no basta que la restricción sea útil (supra 46) para la obtención de ese fin, esto es, que se pueda alcanzar a través de ella, sino que debe ser necesaria, es decir que no pueda alcanzarse razonablemente por otro medio menos restrictivo de un derecho

³⁵ “La Corte concluye, en consecuencia, que las razones de orden público que son válidas para justificar la colegiación obligatoria de otras profesiones no pueden invocarse en el caso del periodismo, pues conducen a limitar de modo permanente, en perjuicio de los no colegiados, el derecho de hacer uso pleno de las facultades que reconoce a todo ser humano el artículo 13 de la Convención, lo cual infringe principios primarios del orden público democrático sobre el que ella misma se fundamenta”. (Opinión Consultiva OC-5/85, 1985: párr. 76).

protegido por la Convención. En este sentido, la colegiación obligatoria de los periodistas no se ajusta a lo requerido por el artículo 13.2 de la Convención, porque es perfectamente concebible establecer un estatuto que proteja la libertad e independencia de todos aquellos que ejerzan el periodismo, sin necesidad de dejar ese ejercicio solamente a un grupo restringido de la comunidad. (...) Igualmente considera que puede ser apropiado que un Estado delegue, por ley, autoridad para aplicar sanciones por las infracciones a la responsabilidad y ética profesionales”. (Opinión Consultiva OC-5/85, 1985: párr. 79 y 80).

7. Autocensura

Los mecanismos de restricción directos e indirectos a la libertad de expresión que hemos revisado en este capítulo, provenientes del gobierno en su propio beneficio o en beneficio de terceros, o de entidades privados en contubernio tácito o explícito con el gobierno, crean un ambiente de intimidación para las expresiones divergentes al régimen y para las expresiones que perjudican intereses particulares, que como consecuencia resultan en otro medio indirecto de restricción ilegítima de la libre expresión: la autocensura³⁶.

Este mecanismo es indirecto justamente porque es consecuencia del cometimiento del resto de restricciones directas e indirectas contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Consiste en fomentar miedo en el posible emisor del mensaje, de tal manera que voluntariamente se abstengan de difundir lo que piensan, terminando por desestabilizar la opinión pública que se ve sometida a un ambiente de intimidación.

Consideraciones:

Recalamos que estos 7 medios indirectos de restricción son los más utilizados, sin embargo todas las formas de restricción ilegítima directa o indirecta de la libertad de expresión están prohibidas por el numeral tercero del artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos independientemente de que estén o no reconocidas como tales.

³⁶ “Autocensura: Limitación o censura que se impone uno mismo”. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española; vigésima primera edición, 1992.

Casos muy novedosos son por ejemplo la denegación de información y la prohibición tácita o explícita del acceso a la información o a las autoridades públicas y su gestión. No podemos pasar por alto el deber que tienen los funcionarios y autoridades públicas de rendir cuentas a la ciudadanía sobre la gestión que como pueblo soberano les hemos encomendado. Esta rendición de cuentas que implica: informar, responder a cuestionamientos, y atender pedidos, no puede prescindirse bajo ningún pretexto pues viene implícito en la aceptación de cualquier cargo público. Quienes aceptan un cargo público se obligan, entre otras cosas a rendir cuentas a toda la ciudadanía sobre su gestión; y su negativa resulta en una evidente incompetencia para el ejercicio de sus funciones públicas. La rendición de cuentas debe ser de carácter general para todos los ciudadanos quienes tienen el derecho de acceder a ella por cualquier medio de comunicación pública y privada. Creemos que los funcionarios públicos no deberían ser capaces de elegir a quién otorgan información y a quién no, ya que esta discrecionalidad vulnera indiscutiblemente el acceso a la información pública y la libertad de expresión, además de irse en contra del principio de publicidad de la información y la transparencia en la información, que sostiene: “c) El ejercicio de la función pública está sometido al principio de apertura y publicidad de sus actuaciones. (...); e) Garantizar el manejo transparente de la información pública, de manera que se posibilite la participación ciudadana en la toma de decisiones de interés general y la rendición de cuentas de las diferentes autoridades que ejerzan el poder público”. (Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 2004: art. 4).

CAPITULO IV: LA REAL MALICIA Y LA *EXCEPTIO VERITATIS*

1. La real malicia

El estándar de la real malicia consiste en la demostración del dolo o culpa por parte del emisor de la expresión. Como sabemos todo acto que sea cometido con ánimo de dañar, o sin la responsabilidad requerida para ejecutar determinadas acciones, es sancionado por el ordenamiento jurídico en aras de sostener una sociedad armónica donde las personas no actúen en perjuicio de los demás o sin el cuidado debido. En el informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Relatoría Especial para la libertad de expresión ha dicho que:

“Al recurrir a mecanismos de responsabilidad frente a un presunto abuso de la libertad de expresión, ha de aplicarse el estándar de valoración de la real malicia, es decir, demostrar que quien se expresó lo hizo con plena intención de causar un daño y conocimiento de que se estaban difundiendo informaciones falsas o con un evidente desprecio por la verdad de los hechos”. (Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2008 volumen III; 2009: párr. 99).

Creemos que el objeto de esta doctrina es principalmente garantizar la labor de los comunicadores en el ejercicio del periodismo ya que es común encontrar casos en los cuales los periodistas no buscan causar daño a nadie, sin embargo la difusión de sus investigaciones informativas los han llevado a ser tratados como criminales en quienes se encuentra impregnado el deseo de delinquir. Así también sostiene Buompadre para quien la finalidad de la real malicia es:

“eximir de responsabilidad a periodistas acusados o demandados por funcionarios públicos, en la divulgación de informaciones falsas o inexactas, cuando no se lograba demostrar que hubieran actuado con dolo (a sabiendas de su falsedad) o culpa (total despreocupación sobre la verdad o falsedad de la noticia)”. (Buompadre, 2010: pág. 37).

No podemos partir de la creencia de que todos los comunicadores hacen mal su trabajo con un total desapego por la verdad o que simplemente todos tienen como fin último dañar. Por el contrario la ley nos obliga a tratar a todos como inocentes hasta que se pruebe lo contrario y no se puede tratar igual a quién actúa con dolo o culpa y a quién comete errores en el ejercicio de su profesión. Sin embargo el estándar de la real malicia también puede ser aplicado en beneficio de todas las expresiones sobre asuntos de interés público, pues la característica más importante de estas expresiones no recae en el sujeto sobre quien se expresa, sino en que éstas tengan una utilidad importante y de interés general, es decir, por tratar asuntos de interés público o temas relacionados con funcionarios públicos.

La doctrina jurídica de la real malicia, que hoy en día es acogida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se la atribuye a la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América en el caso *New York Times vs. Sullivan*, aunque apoyada en anteriores precedentes jurisprudenciales de la misma. En éste caso la Corte Suprema de Estados Unidos, basada en la primera enmienda de la Constitución Norteamericana, determinó que las expresiones atinentes a funcionarios públicos o asuntos de interés público, así sean falsas o incorrectas, tienen privilegio, pues al tener un carácter de interés general, están especialmente protegidas y serán sancionadas únicamente en caso de que el actor pruebe real malicia en la expresión. Esta Corte Suprema ha dicho que:

“Las garantías constitucionales requieren, pensamos, una regla federal que prohibía a un funcionario público el percibir indemnizaciones por una mentira difamatoria relacionada con su conducta oficial a menos que pruebe que la afirmación fue hecha con “malicia real” —esto es, con conocimiento de que era falsa o con imprudente descuido acerca de si era falsa o no—”. (*The New York Times Company vs. L. B. Sullivan*; 1964).

De esta conceptualización de la real malicia podemos determinar que no solo deberá existir real malicia para sancionar aquellas expresiones falsas o erradas sobre asuntos de interés público o funcionarios públicos, sino que aquélla deberá ser probada por el actor: “la demostración de malicia requerida para la pérdida del privilegio no se presume sino que es un asunto a ser probado por el actor...”. (*The New York Times Company vs. L. B. Sullivan*; 1964).

Con este fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos, se estandarizó a nivel federal la doctrina de la real malicia y la prohibición explícita de percibir indemnizaciones por daños y perjuicios para los funcionarios públicos como consecuencias de expresiones que hagan alusión a asuntos de interés público. Coherente con la opinión de la Corte Suprema de Estados Unidos, el Juez Goldberg acompañado por el Sr. Juez Douglas sostuvieron que:

“La Corte anuncia hoy un estándar constitucional que prohíbe “a un funcionario público percibir indemnizaciones por daños y perjuicios por una mentira difamatoria relacionada con su conducta oficial a menos que pruebe que la afirmación fue hecha con ‘malicia real’ —lo que significa con conocimiento de que era falsa o con negligente indiferencia respecto de si era falsa o no—”. La Corte dispone que la Constitución concede a los ciudadanos y diarios un “privilegio condicional” inmunizando expresiones erróneas no maliciosas de hecho relacionadas con la conducta oficial de un funcionario del gobierno”. (The New York Times Company vs. L. B. Sullivan, 1964, Juez Goldberg acompañado por el Juez Douglas).

En el caso de los Estados Unidos de América, el privilegio que se consagra a favor de la libertad de expresión, gracias a la prueba de la real malicia, es exclusivamente invocada para casos en los cuales la expresión trate asuntos de interés público o sobre funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. No se establece el mismo privilegio para expresiones sobre particulares y asuntos privados pues estas expresiones no son de un interés fundamental para toda la sociedad y la responsabilidad en la que estas recaen no altera en ninguna forma la futura libertad de la expresión sobre asuntos públicos. En palabras de los jueces citados en el párrafo anterior:

“Esto no implica decir que la Constitución protege afirmaciones difamatorias dirigidas contra la conducta particular de un funcionario público o ciudadano particular. La libertad de prensa y de expresión asegura que el gobierno responderá ante la voluntad del pueblo y que los cambios puedan ser obtenidos por medios pacíficos. Sencillamente el demandado particular tiene poco que ver con los fines políticos de una sociedad autogobernada. La imposición de responsabilidad por difamación privada no recorta la libertad de la expresión pública o alguna otra

libertad protegida por la Enmienda I' (The New York Times Company vs. L. B. Sullivan; 1964, Juez Goldberg acompañado por el Juez Douglas).

No todos los Estados que integran la Convención Americana sobre Derechos Humanos acogen la doctrina de la real malicia de forma tan garantista para el derecho a la libertad de expresión como los Estados Unidos de América; pero no son pocos los Estados americanos que han incorporado esta doctrina a su ordenamiento interno para proteger las expresiones de carácter público. En la actualidad países americanos como Uruguay, Argentina, y Costa Rica, entre otros, han acoplado su legislación y jurisprudencia a los estándares de la real malicia, ya sea por iniciativa propia de cumplir con el artículo segundo del Pacto de San José, o coaccionados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a cumplir este artículo, después de un proceso contencioso. Veamos entonces como estos países contemplan dicha doctrina en su legislación y como el Ecuador la ha considerado.

1.1. Jurisprudencia Argentina

En el caso de Argentina la doctrina de la real malicia se viene aplicando desde el célebre caso *Morales Solá* en el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación hace suyo el precedente jurisprudencial de la real malicia expuesto en el caso "New York Times vs. Sullivan" diciendo que:

"(...) esta Corte adoptó, a partir del precedente de Fallos: 314:1517, el "*standard*" jurisprudencial creado por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso "New York Times vs. Sullivan" (376 U.S. 255; 1964), que se ha dado en llamar la doctrina de la "real malicia" y cuyo objetivo es procurar un equilibrio razonable entre la función de la prensa y los derechos individuales que hubieren sido afectados por comentarios lesivos a funcionarios públicos, figuras públicas y aun particulares que hubieran intervenido en cuestiones de interés público objeto de la información o de la crónica.

6. Que esa doctrina se resume en la exculpación de los periodistas acusados criminalmente o procesados civilmente por daños y perjuicios causados por informaciones falsas poniendo a cargo de los querellantes o demandantes la prueba de que las informaciones falsas lo fueron con conocimiento de que lo eran o con imprudente y notoria despreocupación sobre su veracidad. El derecho de prensa no

ampara los agravios, la injuria, la calumnia, la difamación. No protege la falsedad ni la mentira, ni la inexactitud cuando es fruto de la total y absoluta despreocupación por verificar la realidad de la información. Ampara, si, a la prensa, cuando la información se refiere a cuestiones públicas, a funcionarios, figura pública o particulares involucradas en ella, aún si la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, en cuyo caso los que se consideran afectados deben demostrar que el periodista conocía la falsedad de la noticia y obró con real malicia con el propósito de injuriar o calumniar (...). (Morales Solá; 1996).

1.2. Jurisprudencia costarricense

La doctrina de la real malicia se confirmó en Costa Rica con el caso Herrera Ulloa vs Costa Rica resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el cual la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en sus alegatos sobre la violación del derecho a libertad de expresión señaló que:

“c) las acciones judiciales por difamación, calumnias e injurias, interpuestas por funcionarios públicos o personas privadas involucradas voluntariamente en asuntos de interés público, no deben tramitarse en la vía penal sino en la civil, aplicando el estándar de la real malicia, el cual revierte la carga de la prueba, de manera que el deber de demostrar que el comunicador tuvo intención de infligir daño o actuó con pleno conocimiento de que estaba difundiendo noticias falsas recae en el supuesto afectado”. El subrayado nos pertenece. (Herrera Ulloa vs. Costa Rica; 2004: párr. 101.4 literal c).

Este alegato de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, junto con los alegatos de los representantes, sirvieron a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para justificar la responsabilidad internacional incurrida por el Estado de Costa Rica al inculcar el derecho a la libertad de expresión del señor Herrera Ulloa. Además este caso motivó al gobierno de Costa Rica para presentar un importante proyecto de ley penal donde se destaca la voluntad de los legisladores costarricenses de derogar el artículo 149 del Código Penal que dice:

“El autor de injuria o de difamación no es punible, si la imputación consiste en una afirmación verdadera y ésta no ha sido hecha por puro deseo de ofender o por espíritu de maledicencia. Sin embargo, el acusado sólo podrá probar la verdad de la imputación: 1) Si la imputación se hallare vinculada con la defensa de un interés público actual; y 2) Si el querellante pidiere la prueba de la imputación contra él dirigida, siempre que tal prueba no afecte derechos o secretos de terceras personas. El autor de calumnia y de difamación calumniosa podrá probar la verdad del hecho imputado, salvo que se trate de delitos de acción o de instancia privada y que éstas no hayan sido promovidas por su titular. NOTA: Con respecto a la incompatibilidad de este artículo con el párrafo primero del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ver Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2 de julio de 2004. HU Vs. C. R.”. (Código Penal costarricense, 1970: art. 149).

Este artículo todavía impone la carga de la prueba al acusado, deslegitimando el principio de inocencia, el principio sobre la carga de la prueba, y la excepción de verdad, que como veremos es una doctrina que protege las expresiones fuertes en virtud de que estas sean ciertas.

1.3. Normativa uruguaya

En el caso de Uruguay, es admirable la adecuación de su derecho interno respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y especialmente respecto de los estándares de la real malicia. Este país adoptó en 2008 reformas a la Ley de Prensa y al Código Penal que incluían la despenalización de las expresiones críticas e incluso ofensivas en contra de funcionarios públicos o asuntos de interés público siempre que no se pruebe la existencia de real malicia. El artículo 336 del actual Código Penal uruguayo describe de la siguiente manera la doctrina que nos ocupa:

“Art. 336. Interdicción de la prueba. Los culpables de los delitos previstos en el artículo 333 y aun del 334, cuando mediara imputación, no tendrán derecho a probar ni la verdad, ni siquiera la notoriedad de los hechos atribuidos a la persona ofendida. Exceptúense los siguientes casos: 1º Cuando la persona ofendida fuere un funcionario público y los hechos o las cualidades que se le hubieren atribuido se

refieran al ejercicio de sus funciones, y sean tales, que puedan dar lugar a un procedimiento penal o disciplinario contra él; 2° Cuando por los hechos atribuidos estuviera aún abierto o acabara de iniciarse un procedimiento penal contra la persona ofendida; 3° Cuando fuere evidente que el autor del delito ha obrado en interés de la causa pública; 4° Cuando el querellante pidiere formalmente que el juicio se siga hasta establecer la verdad o falsedad de los hechos o de la cualidad que se le hubiere atribuido. Si la verdad de los hechos fuere probada, o si la persona fuere, en virtud de ella, condenada, el autor de la imputación se verá exento de pena, salvo que empleare medios o frases gratuitamente injuriosas. 5° Cuando fuere evidente que el autor de la publicación o emisión obró con el ánimo de difundir un hecho éticamente reprobable o cuando resultare notorio el interés de su conocimiento por la opinión pública (90a)”. (Código Penal uruguayo, art. 336, reformado por el art. 20 de la ley 16.099 de 3 de noviembre de 1989).

Aunque todavía se impone la carga de la prueba de la verdad al acusado, cuando no se recae en ninguna de las disposiciones del artículo antes citado, ésta recae sobre las expresiones de carácter privado, siendo un avance importante la protección que este artículo prevé para las expresiones de carácter público o sobre funcionarios públicos de las que trata el numeral primero del artículo citado; y la protección de la expresión, cuando resulta evidente que el acusado no ha obrado con dolo sino con ánimo distinto, como lo es el difundir un hecho reprobable en función de la opinión pública, como rezan los numerales segundo y quinto del artículo citado.

1.4. La real malicia en Ecuador

En el Ecuador la doctrina de la real malicia fue rescatada por la jurisprudencia de la primera sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia en el año 2004. El recurso de casación penal, a cuya resolución nos referiremos fue interpuesta por el señor Rodrigo Fierro Benítez quien impugnó la sentencia venida en grado que lo condenó por el delito de injurias con prisión y multa, además de indemnización por daños y perjuicios al querellante y ex presidente de la república del Ecuador, León Febres Cordero. El artículo “Febres Cordero: en su sitio” fue publicado en el diario El Comercio y su contenido, según determinación de los jueces de instancia, imputaba al ex presidente responsabilidad en la

quiebra bancaria del país, además de palabras afrentosas que, para los jueces de instancia, sin duda lesionaron el honor del ex presidente.

Los jueces de instancia terminan condenando a Fierro en virtud de que éste no logró probar la responsabilidad en la quiebra bancaria por parte de León Febres Cordero; así como tampoco logró probar que las palabras afrentosas, tales como “aves de rapiña” o “industriales de pacotilla” no fueron dirigidas con el ánimo de injuriar. Aunque el tribunal de casación terminó ratificando la sentencia y condenando a Fierro en casi todos sus considerandos³⁷, hace una importante exposición de motivos respecto de las características de la doctrina de la real malicia.

En esta causa, la Corte Suprema cita parte del caso argentino Morales Solá, que sustenta plenamente la doctrina de la real malicia, sin embargo, en el numeral cuarto de la resolución de casación, los magistrados ecuatorianos exponen en sentencia de casación, únicamente el considerando del caso Morales Solá, que limita el derecho a la libertad de expresión por no ser un derecho absoluto, y que además prevé la necesaria armonía de este derecho con los demás consagrados por la Constitución; mas no desarrolla, ni cita, como a nuestro juicio debería, la doctrina de la real malicia que desarrolla subsecuentemente la jurisprudencia argentina en el mencionado caso. (Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial 15 de 29 de octubre de 2004: pág. 5091).

Del numeral quinto de ésta sentencia de casación, podemos ver cómo la Corte Suprema pone al derecho a la honra sobre el derecho a la libertad de expresión, en virtud de la exigencia de límites para el derecho a la expresión. Para ello se vale del artículo 23 de la Constitución Política³⁸ de 1998, y de la interpretación que hace de los convenios

³⁷ El tribunal de casación no caza la sentencia pero suspende la pena, para lo cual expresa: “Por lo expuesto, cabe atender la solicitud del recurrente no como casación del fallo impugnado puesto que el juzgador no violó la ley al no haber suspendido la pena, porque -como ya se dijo- el artículo 82 del Código Penal establece una facultad discrecional y no una obligación imperativa-, sino en ejercicio de aquella potestad, es aplicable por este Tribunal de Casación al expedir el presente fallo, habida cuenta que cuando se impugna mediante un fallo condenatorio, únicamente al expedirse la sentencia de casación y si ésta es confirmatoria de la condena, puede efectivamente considerarse que existe la pena; de lo que deviene la facultad del Tribunal de Casación de suspender la ejecución de la pena que surge de su sentencia. En el caso sub lite, por cumplidos los requisitos que establece el artículo 82 del Código Penal, especialmente por la naturaleza del delito y la edad del sentenciado que es mayor de 70 años, la Sala estima que puede operar a su favor la suspensión de la pena”. (Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial. Año CV serie XVII. No. 15: pág. 5091, considerando décimo segundo).

³⁸ “Art. 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: (...) 9. El derecho a la libertad de opinión y de expresión del pensamiento en todas sus formas, a través de cualquier medio de comunicación, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en la ley. La persona afectada por afirmaciones sin pruebas o inexactas, o agravada en su honra por informaciones o publicaciones no pagadas hechas por la prensa u otros medios de comunicación social, tendrá

internacionales de derechos humanos, concluyendo que: “De esta forma la Constitución Política, las convenciones internacionales y Declaraciones Universal y Americana de Derechos Humanos, dan prevalencia al derecho a la honra y buena reputación sobre la libertad de prensa y de opinión e igualmente la jurisprudencia”. Esta interpretación es contradictoria a la idea que sustenta en líneas precedentes donde sostiene que: “La doctrina moderna no hace prevalecer las garantías fundamentales unas sobre otras, como principio *a priori*”. (Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial 15 de 29 de octubre de 2004: pág. 5091, considerando quinto), y es falsa, porque ninguno de los instrumentos mencionados sustenta dicha prevalencia.

En virtud de dos sentencias españolas que el acusado cita en su recurso, este tribunal de casación, en su considerando séptimo, trata acerca del *animus injuriandi* como elemento esencial para que se configure el delito de injuria. En este sentido el tribunal sostiene:

“Por la referencia a dichas sentencias, este Tribunal de Casación, estima que lo que quiere sostener la defensa del recurrente es que no hay comprobación de la existencia material del delito de injurias por faltar el ánimo de injuriar, que es el elemento esencial que configura la infracción, aspecto completamente distinto a sostener que al querellado le ampara una causa de justificación. La sentencia 104-86 referida por el recurrente, claramente señala "que el propósito de crítica excluye la injuria si se ejerce correctamente", es decir, si no hay ánimo de injuriar, y ello no es innovación alguna, pues la doctrina imperante en los Tribunales del Justicia del Ecuador ha sido siempre, como hasta ahora, la de que no hay lesión al honor cuando no hay intención dolosa de ofender”. El subrayado nos pertenece. (Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial 15 de 29 de octubre de 2004: pág. 5091, considerando séptimo).

Para determinar que sí existió ánimo de injuriar en la voluntad del querellado, el tribunal es cuidadoso en sostener: a) que es necesario probar el ánimo de injuriar, y; b) en qué consiste el *animus injuriandi*. Es así que en el considerando noveno de su resolución expresa:

derecho a que estos hagan la rectificación correspondiente en forma obligatoria, inmediata y gratuita, y en el mismo espacio o tiempo de la información o publicación que se rectifica”. (Constitución de la República del Ecuador, 1998: art. 23 numeral 9).

“Esta Sala, en reiterados fallos ha consignado que el elemento esencial que configura el delito de injuria es el ánimo de injuriar, sin cuya demostración no puede considerarse comprobada la existencia de la infracción. Para probar el *animus injuriandi* -ha declarado esta Sala- no basta demostrar que se han utilizado palabras de por sí injuriosas, o proferido expresiones de significado lesivo al honor, sino que es preciso comprobar que el actor ha obrado con intención dolosa de causar daño, sabiendo que lo que dice o escribe puede vulnerar la reputación de otro. Suponer que el ánimo de injuriar existe por la naturaleza de las palabras y se manifiesta cada vez, por ejemplo, que una palabra injuriosa ha sido dicha, sería admitir que lo que predomina es una consideración objetiva de la injuria, cuando por su naturaleza esta infracción exige dolo específico como su elemento esencial. El dolo en los delitos contra el honor es la conciencia de la idoneidad del medio para ofender y la voluntad de utilizarlo (...). Conforme a la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia modernas, "no existen expresiones ofensivas *in re ipsa*, esto es, aquellas que por el solo hecho de expresarlas configuran un delito contra el honor. Por ello es que debe desentrañarse si existió un específico propósito de ofender a la persona contra quien se dirigen". (Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial. Año CV serie XVII. No. 15: pág. 5091, considerando noveno).

Hasta aquí podemos rescatar entonces que para la jurisprudencia ecuatoriana, las expresiones no contienen el requisito indispensable de “*animus injuriandi*” por el solo hechos de expresarlas y ser malsonantes, sino que es necesario probar el elemento subjetivo del delito, es decir es necesario probar que el actor ha plasmado en la expresión su voluntad de causar daño; que la expresión se ha difundido con el fin último de dañar o con total desapego por la verdad y no con otros fines legítimos como el criticar, corregir, embromar, o defenderse; fines que según el mismo tribunal de casación, no recaen en acto punible³⁹.

Las expresiones que se emitan con ánimo de criticar, corregir, embromar, defenderse, narrar o informar, no son punibles a no ser que quien las alega como dolosas o culposas

³⁹ “El querellado indiscutiblemente sabía, por su versación y cultura, que lo que escribió y difundió podía vulnerar la reputación del ingeniero León Febres Cordero; y si lo hizo, es porque quiso causarle daño, es decir, obró con ánimo de injuriar, y nunca se retractó de lo expresado, como lo habría hecho si su intención hubiera sido distinta, como la de simplemente criticar, corregir, embromar, o defenderse, propósitos por los que no habría merecido condena, ya que según la doctrina no hay acto punible, cuando las expresiones ofensivas se las pronuncia con *animus corrigendi, jocandi, defendendi o retorquendi*”. (Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial. Año CV serie XVII. No. 15: pág. 5091, considerando noveno).

logre probar que su fin último era ciertamente el ánimo de injuriar; o que prescindió de todo mecanismo que le diera indicios de la falsedad de la expresión y fue por ende temerario y negligente al difundir la misma. Al respecto el tribunal penal cita expresamente la doctrina de la real malicia de la siguiente manera:

“ (...) el periodista que redacta o difunde una noticia falsa que afecte o pueda afectar al derecho fundamental del honor, responde no solo cuando actúa con dolo, es decir, cuando publica como verdadero un hecho a sabiendas de que es falso, sino que también responde por culpa, cuando publica temerariamente una noticia inexacta, por su actuar desaprensivo. Esta doctrina conocida como la de la real malicia, que extiende al redactor o comunicador de noticias la responsabilidad hasta por culpa o descuido temerario (*reckless disregard*) cuando se agravia a un funcionario de gobierno, a una figura pública o a un particular involucrado en temas de relevante interés público –imponiendo para estos casos la carga de la prueba de la falsedad a quien la alegue-, se desarrolló en los Estados Unidos (pero se aplica ahora universalmente). (...) En relación con la doctrina de la real malicia, viene al caso referir la sentencia 253-99 de la Corte Suprema de Justicia del Uruguay, que entre los límites internos al ejercicio de la libertad de información ubica a la "verdad" como el de mayor significación, "porque deriva del fin último para el cual este derecho fundamental es reconocido. La libertad de información no permite la difusión de hechos falsos", citando a Giorgio Gregori relievando que "la verdad es un dato constitutivo esencial de toda información... tanto que es impensable que el derecho a la libertad de información se extienda hasta incluir la mentira" y agrega: "el informador actúa con dolo si conoce que lo que difunde es falso, o si actúa con desprecio a la verdad por no comprobar los hechos a transmitir sin importarle que la noticia pueda ser falsa...". (Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial. Año CV serie XVII. No. 15: pág. 5091, considerando noveno).

Es así como ha quedado instaurada en la jurisprudencia ecuatoriana la doctrina de la real malicia. De esta manera es imprescindible que el afectado por determinada expresión demuestre el ánimo de injuriar o la negligencia y despreocupación por la verdad de quien emitió dicha expresión. Sin embargo no queda claro si esta protección se extiende para proteger las expresiones sobre asuntos y personas privadas ya que este tribunal ha

mencionado que no basta, para dañar el honor, que la expresión sea de por sí injuriosas, sino que es preciso comprobar que el actor ha obrado con intención dolosa o culposa.

Tesis contraria a la doctrina de la real malicia es aquella que promulga una responsabilidad objetiva para quienes están continuamente tratando con expresiones que tienen relación con información y noticias, como los medios de comunicación. Para quienes sustentan esta teoría existe un riesgo constante, del cual se tienen que hacer responsables los periodistas y los medios de comunicación, pues por el carácter de su profesión existe la posibilidad de recaer en error o falsedad independientemente de que exista o no dolo o culpa. Como hemos visto, esta perspectiva no es coherente con la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni tampoco lo es para la Declaración de Principios sobre libertad de Expresión, puesto que justamente el hecho de que los periodistas estén en mayor riesgo de recaer en error o falsedad hace que sus expresiones estén protegidas por el estándar de la real malicia, de lo contrario los periodistas y en general las personas que se expresan sobre asuntos de interés público o funcionarios públicos preferirían no difundir informaciones que puedan llevarlos a contraer una responsabilidad inminente. En definitiva sin esta protección se tratarían en menor grado los temas controversiales que interesan a la sociedad en general.

1.5. Debida diligencia

En muchas ocasiones es difícil llegar a una verdad absoluta sobre un acontecimiento que resulta ser trascendental para la vida democrática de un Estado. La falta de conocimiento absoluto de la veracidad de lo que se pretende expresar no puede ser un limitante a la hora de expresar lo que se cree tiene un alto margen de certeza y resulta necesario y vital para la sociedad. Es así que algunas legislaciones han optado por valorar la diligencia con que el emisor ha actuado antes de expresar dicha información.

Si bien la debida diligencia no puede siempre llevar a una certeza absoluta, puede dar claros indicios de hechos que deberán ser investigados. Creemos que la importancia que contienen los asuntos de interés público y los actos de funcionarios públicos, para la sociedad, justifica la expresión informativa que no se encuentra completamente comprobada, siempre y cuando haya sido llevada a cabo con la debida diligencia, y en aras de iniciar un proceso de control y fiscalización que permita dilucidar lo que en un principio, el periodista o cualquier persona no han podido por sus propios medios descifrar;

y que dicha información no se presente como una aseveración comprobada sino como indicios que merecen ser investigados. Es así que, de existir una debida diligencia del emisor por encontrar la verdad, la expresión estará protegida por el ordenamiento jurídico, a pesar de que se concluya que la información era falsa o errada.

Cuando hablamos de debida diligencia ya sea para profesionales de la información como para simples particulares, nos referimos a la investigación, la consulta con las fuentes, la comprobación y por supuesto, el interés de que la verdad salga a la luz en beneficio del bien común y nunca en función de causar daño. Urioste lo define así:

“El concepto de veracidad objetiva, entendida como fiel adecuación de la información a la realidad, debe complementarse con un criterio subjetivo, que está dado por la creencia o convicción en la veracidad de lo informado, el que por sí solo no basta para considerar legítima la conducta del informador, y requiere siempre un apoyo objetivo, que es la comprobación de la información suministrada. En este punto cabe señalar que los criterios hoy casi unánimemente aceptados, tanto en el plano dogmático como en pronunciamientos jurisdiccionales, tiende a que esa verdad no sea exigida en términos absolutos, sino como verdad razonable y diligentemente investigada”. (Tribunal de apelaciones de lo penal de 1er. Turno, Sentencia 107/96, Uruguay, citado por Urioste: pág. 74).

En este sentido, las informaciones que han tenido detrás una debida diligencia y han buscado la verdad se entiende que no son objeto de malicia por parte del emisor, quién se ha expresado porque cree en lo que dice, debido a su gestión de investigación, y desconoce su falsedad o error. Así, una vez comprobada la debida diligencia del emisor, es muy factible desestimar la real malicia de éste, sin embargo es un requisito que deberá tomarse en cuenta si se pretende impartir responsabilidades al emisor.

2. La *exceptio veritatis*

La *exceptio veritatis* o excepción de verdad es, en palabras del penalista Bernal del Castillo: “La posibilidad más o menos amplia de probar que los hechos imputados que presuntamente lesionan el honor ajeno son verdaderos. Los diversos ordenamientos suelen admitir esta institución de la prueba de la verdad como uno de los medios de exclusión de

la responsabilidad en los delitos contra el bien jurídico del honor”. (Bernal del Castillo, 1994: pág. 91).

La implementación de estándares de real malicia ha sido adoptada en la doctrina principalmente para los casos de expresiones erradas relacionadas con noticias e informaciones sobre funcionarios públicos, asuntos de interés público o particulares que se involucren en asuntos de interés público. Pero la situación es distinta cuando lo que se ha dicho es cierto. En estos casos, cuando la ley así lo prevé, cabe la prueba de la verdad o *exceptio veritatis*. En algunos Estados de la región se aplica esta institución con mayor amplitud que en otros, sin embargo expondremos los elementos y características fundamentales que han prevalecido en los ordenamientos jurídicos de países de la región independientemente de que éstos hayan optado por extender la institución de la *exceptio veritatis* a todo tipo de expresiones, públicas o privadas, o la hayan limitado a expresiones específicas.

2.1. Informaciones y opiniones

Es preciso hacer una diferenciación entre las expresiones de carácter informativo y las expresiones de opinión. Puesto que la información parte de una realidad objetiva, es susceptible de la regla de la verdad ya que nace de un hecho, que supone el relato veraz de dicho acontecimiento; pero las opiniones, como hemos venido manifestando a lo largo de este trabajo de investigación, son por el contrario expresiones de contenido subjetivo, que se fundamentan en una perspectiva personal del emisor y que será influenciada por factores subjetivos del mismo de manera que las opiniones no pueden ser sometidos a la prueba de la verdad, independientemente del carácter, público o privado de la expresión. Además las opiniones no son susceptibles de delito alguno. Para Urioste:

“La exigencia de veracidad vale exclusivamente para la información; no así para las opiniones, que escapan a este control de verificación. En el diálogo e intercambio de opiniones es una condición esencial la buena fe y la honestidad intelectual, determinante de una apertura hacia la comprensión de los temas debatidos”. (Urioste, 2008: pág. 62).

Tanto las informaciones como las opiniones son importantes para el desarrollo de la opinión pública, sin embargo las primeras son susceptibles del requisito de veracidad para inclinar de un lado u otro la balanza de la opinión pública, mientras que las opiniones no son susceptibles de juicios de valor, y por lo tanto existirán opiniones coincidentes o divergentes; prevaleciendo aquellas opiniones que logren justificarse para así convencer y entonces formar la opinión pública. Sin entender con esto que dicha justificación es requisito necesario para expresar una opinión.

2.2. Carácter público o privado de la expresión

Cuando la expresión es verdadera pero involucra a particulares sobre asuntos privados, a pesar de que se cumpla la regla general de veracidad, en principio no se otorgará a estas expresiones la excepción de verdad, a menos que la falsedad sea un elemento constitutivo del delito que se denuncia, como en el caso de las injurias calumniosas. Esto se debe a que la expresión ha vulnerado la privacidad, de una persona privada que no se ha involucrado voluntariamente en ningún asunto público. En este caso el bien jurídico protegido (honra, reputación y/o privacidad) prevalece ya que no se encuentra la necesidad imperante de la expresión.

Lo contrario sucede en el caso de expresiones relacionadas con funcionarios públicos o expresiones que involucren asuntos de interés público, ya que esta clase de expresiones son consideradas necesarias para el desarrollo de la opinión pública y los Estados democráticos. Estas expresiones salen de la esfera privada e interesan a todo el conglomerado social. Así sostiene Fernando Urioste:

“Nuestro orden jurídico reglamenta la veracidad de las expresiones por la vía de las excepciones de verdad, en las cuales el imputado, de contravenir los derechos de otro - el honor generalmente- puede justificar sus dichos mediante la prueba de la verdad. En estos casos, se le agrega a la expresión verdadera la necesidad del interés de la información. Porque este aspecto, externo al dicho, no pesa, aún cuando la versión sea verdadera, si la información constituye una invasión de la privacidad o intimidad de las personas”. El subrayado nos pertenece. (Urioste, 2008: pág. 62).

2.3. La prueba de la verdad en los delitos de injurias calumniosas e injurias no calumniosas

Es importante señalar que en el caso de las injurias calumniosas la prueba de la verdad es legítima ya que al demostrarse la verdad de los hechos que se imputan, no existe uno de los elementos que constituyen el delito, esto es la falsedad de la imputación; y por ende nunca existió el delito de calumnia, y menos aún se podrá descifrar la real malicia, pues sin el elemento objetivo (falsedad de la imputación), resulta obvio la carencia del elemento subjetivo (el dolo o la culpa). Buompadre lo sostiene de la siguiente manera:

“Las reglas de la prueba de la verdad de la imputación no tienen límites en la calumnia. El principio es el de la libertad de la prueba: todo puede probarse y por cualquier medio. Tanto el dolo (como el elemento del tipo subjetivo) como la falsedad de la imputación (como elemento del tipo objetivo), deben ser objeto de comprobación en el proceso judicial por calumnia. Probada la verdad de la imputación (que el hecho imputado existió en la realidad), desaparece el delito presentándose un caso de ausencia de tipo”. (Buompadre, 2010: pág. 99).

Ahora bien, en el caso de las injurias no calumniosas, creemos que la prueba de la verdad se justifica exclusivamente para aquellas expresiones de carácter público o sobre funcionarios públicos, en virtud de la necesidad de dichas expresiones. Es importante entender sin embargo que en estos casos, el hecho de que la injuria no calumniosa sea verdadera no excluye al tipo penal, éste existe independientemente de la autenticidad de la expresión, sin embargo se encuentra justificado por la necesidad de la expresión y el mayor grado de tolerancia que deben tener los funcionarios públicos sobre expresiones duras contra ellos, en su calidad de funcionarios o respecto de su gestión.

2.4. Carga de la prueba

Algunos ordenamientos jurídicos acogen la prueba de la verdad imponiendo la carga de la prueba sobre el acusado, en virtud de ser éste quien invoca la excepción de verdad, sin embargo creemos que la carga de la prueba debe recaer en quién alega haber sido afectado en su derecho a la honra. No cabe la inversión de la carga de la prueba. Para el juez Sergio García:

“Si las cosas se plantean de esta manera, cabría afirmar: (...) b) que es debido, como lo requiere el Derecho penal de orientación democrática, poner la carga de la prueba en las manos de quien acusa y no de quien recibe y rechaza la acusación amparado por el principio de inocencia; c) que la eventual regulación de una *exceptio veritatis*, en su caso, no debe significar inversión en la carga de la prueba que contradiga las derivaciones probatorias de ese principio”. (Herrera Ulloa vs. Costa Rica, voto concurrente razonado del juez García: párr. 13).

Consideraciones:

Entendemos entonces como regla general, que solo las expresiones *informativas* (nuca las opiniones) son susceptibles del requisito de veracidad para estar protegidas por el ordenamiento jurídico, o en su defecto, en el caso de ser expresiones falsas o erradas, solo las informaciones podrán ser sometidas a la valoración de real malicia. La veracidad es una de las características que debe tener la expresión informativa para ser protegida por el ordenamiento jurídico, si la expresión informativa es verdadera y así se comprueba; en un principio, estará protegida por el ordenamiento jurídico. Pero cabe resaltar la importancia de descartar como objetivo de la difusión de la información, el causar daño; para lo cual resulta útil la demostración de la debida diligencia con la que se actuó antes de difundir determinada expresión.

En cuanto a la prueba de la verdad, se extrae que toda expresión informativa, cuando versa sobre asuntos de interés público, funcionarios públicos o particulares que tratan asuntos de interés público es susceptible de la prueba de la verdad y de ser ésta positiva, se encuentra protegida por el ordenamiento jurídico, para lo cual la carga de la prueba recaerá sobre el querellante a pesar de que la excepción de verdad haya sido invocada por el querellado. De lo contrario, en caso de que la prueba de la verdad sea negativa, se deberá aplicar el estándar de la real malicia.

Para las expresiones de carácter privado cabe la prueba de la verdad siempre y cuando el delito sea el de calumnia y no el de injuria.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. El derecho a la libertad de expresión, es un derecho fundamental que de forma directa es trascendental para **a)** el desarrollo de la personalidad y la dignidad del individuo ya que con ella es capaz de difundir pensamientos, ideas, opiniones e informaciones gestadas desde su interior; y, **b)** para el desarrollo de las ideas y pensamientos sociales, ya que éstas se nutren de las expresiones de los individuos que conforman la colectividad. En vista de esta doble dimensión, la libertad de expresión ha sido reconocida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Constitución del Ecuador.

Sin embargo, de forma indirecta, el derecho a la libertad de expresión también cumple con otros objetivos trascendentales en beneficio del ser humano y la sociedad: **c)** el libre ejercicio de la expresión, en sus dos dimensiones (a y b) es una garantía de la democracia, debido a que fomenta el diálogo y el debate público; y, **d)** es un instrumento de garantía de otros derechos fundamentales ya que ejerce un control sobre el cumplimiento de estos; y su libre ejercicio ayuda a que determinados derechos sean ejercidos de forma integral, particularmente útil para el ejercicio de los derechos de participación política.

En este sentido, el derecho humano a la libertad de expresión en el Ecuador se encuentra garantizado como un derecho fundamental por parte de la Constitución que, al ser de índole garantista, trata sobre el derecho a la libertad de expresión a lo largo de todo su texto, enunciándolo en varios otros derechos establecidos en ese cuerpo normativo; derechos que están estrechamente vinculados con el pleno desenvolvimiento del ejercicio a la libre expresión. Nuestra actual Constitución pone además sobre sí misma a los derechos humanos y en tal sentido instaura acciones de protección con la finalidad de resguardarlos. Es innegable que tanto a nivel nacional como internacional el derecho a la libertad de expresión, así como los demás derechos fundamentales, han adquirido con el paso del tiempo un mayor interés por parte de los Estados y los organismos internacionales.

Por otro lado, la normativa constitucional requiere de otras regulaciones para materializar el reconocimiento y protección de los derechos que consagra; y es entonces donde creemos

que este trabajo ha demostrado que existe una debilidad latente en nuestro sistema jurídico. Si bien creemos que la libertad de expresión se encuentra consagrada y protegida por la carta magna, consideramos que la norma conexas respecto a la libertad de expresión es muy sutil y no llega a proteger éste derecho como debería. En el caso de la ley Penal, ésta se dedica a resguardar en amplitud la honra, la reputación de las personas, y la administración pública, sosteniendo delitos como el desacato, la injuria y la calumnia, mas no pudimos encontrar la misma amplitud para sancionar ilícitos que vulneren el derecho a la libertad de expresión. Solo pudimos encontrar una sanción penal para la autoridad que de forma arbitraria o violenta coarte este derecho; y, para quien impida la circulación de escritos. Sin embargo, creemos que hay otras formas de violentar este derecho que no provienen directamente de la autoridad y por otro lado, que los escritos, en cualquiera de sus formas, no son los únicos medios de expresión que pueden ser reprimidos.

También podemos ver cómo, en el resto de normas relativas a la información y comunicación, se han implementado mecanismos impositivos de control que son estrictos para los medios de comunicación y el ejercicio del periodismo. Estos buscan, (como el código de ética de los periodistas, la ley de ejercicio profesional del periodista y el estatuto de la federación nacional de periodistas) normar el ejercicio de esta profesión y sancionar su práctica deshonesto y abusiva, pero tampoco pudimos encontrar en estas normas disposiciones que sancionen los atentados contra periodistas y medios de comunicación.

Ahora bien, en el caso de los organismos internacionales de la región, que tratan sobre derechos humanos, creemos que es rescatable su labor en función de consagrar y proteger el derecho a la libertad de expresión en todas sus formas, y valoramos principalmente el trabajo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como institución encargada de la difícil tarea de sancionar y corregir, conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, a los Estados miembros.

Con lo expuesto, pensamos recomendable implementar normas penales que tipifiquen los delitos de extorsión, desapariciones forzadas, intimidaciones, daños a la propiedad y asesinatos en casos de restricción e impedimento del derecho a la libertad de expresión. Creemos que éstos delitos deberían estar tipificados de forma separada para cuando se trata de periodistas y medios de comunicación, puesto que además de atentar directamente contra los bienes jurídicos individuales que protegen la extorción, el asesinato, la

desaparición forzada entre otros, cuando estos delitos se infringen contra periodistas atentan además contra la dimensión social del derecho a la libertad de expresión, provocando un daño general a la sociedad.

Otra forma viable de tipificar estos delitos en relación con quienes ejercen el periodismo, o en general en relación con cualquier persona que vea vulnerada su integridad personal o patrimonial, a causa de sus expresiones, puede ser agravando las sanciones de los tipos penales previamente enunciados, cuando estos se hayan cometido con el ánimo de restringir ilegítimamente o inhibir la libre expresión.

2. Nos ha quedado claro que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto y como tal tiene que sujetarse a límites específicos que garanticen su ejercicio positivo sin desmedro de otros bienes jurídicos fundamentales. En este sentido, pudimos extraer como límites al derecho a la libertad de expresión: **a)** los derechos de los demás, tales como la reputación, el honor y la intimidad; **b)** la seguridad nacional y el orden público; y, **c)** la propaganda en favor de la guerra y el odio, o aquella que incite a la violencia y a la discriminación. En otras palabras, todas las expresiones son en principio libres a no ser que afecten de alguna manera los límites antes citados, ya que éstos pretenden precautelar bienes jurídicos igual de trascendentales que la libertad de expresión.

Los bienes jurídicos que se presentan como límites al derecho a la libertad de expresión son aquellos que se prestan fácilmente para entrar en conflicto con el bien jurídico que precautela el derecho a la libertad de expresión, y aunque no existe una regla específica que determine la prevalencia de uno de estos derechos, se han sabido determinar disposiciones que regulan el ejercicio de los derechos que contienen estos bienes jurídicos, de tal manera que puedan coexistir sin conflicto junto con el derecho a la libertad de expresión. A pesar de ello, la coexistencia armónica de estos derechos puede violentarse cuando el ejercicio del derecho a la libertad de expresión es abusivo y quebranta los derechos que salvaguardan los bienes jurídicos considerados como límites al derecho de la libertad de expresión.

Para estos casos se ha previsto la responsabilidad ulterior que no es más que la sanción a que da lugar el mencionado abuso y su resarcimiento al daño causado. No obstante esta responsabilidad debe cumplir con tres requisitos fundamentales que dan legitimidad y

validez a la responsabilidad, estos son: legalidad, que la responsabilidad que se busca implementar se encuentre prevista en la ley; objetivo legítimo, que la responsabilidad de lugar como consecuencia de una vulneración a uno de los límites citados en el párrafo precedente; y por último más no por ello el menos importante, que la responsabilidad que se pretende imponer sea necesaria.

Ahora bien, los dos primeros requisitos no han traído a esta investigación mayor complejidad, sin embargo el requisito de “necesidad”, entendido como aquella que resulta útil, razonable, oportuna, proporcional y cuya implementación restringe en menor grado el derecho a la libertad de expresión, es decir sin limitarlo más de lo estrictamente necesario, ha merecido mayor importancia en función del desarrollo de los tipos de responsabilidad civil y penal, puesto que la cuestión se ha concentrado en establecer si estos dos tipos de responsabilidad son necesarios o no y en qué casos.

Al respecto concluimos que la responsabilidad penal, para los casos de abuso del derecho a la libertad de expresión, no siempre cumple con este requisito de necesidad puesto que si bien es útil en la medida en que castiga el abuso; es también susceptible de restringir desproporcionalmente el derecho a la libertad de expresión. Por el contrario, creemos que la responsabilidad civil sí cumple en la mayoría de casos, con el requisito de necesidad en el estricto sentido que la Convención Americana sobre Derechos Humanos la considera. La responsabilidad civil tiene la particularidad de sancionar al infractor de la conducta abusiva logrando un resarcimiento más efectivo del daño, que desde nuestro punto de vista es coherente y no llega a restringir desproporcionalmente el derecho a la libertad de expresión a menos que dicha responsabilidad civil sobrepase las características comunes de una indemnización de este tipo. En definitiva, no creemos que la privación de la libertad sea en todos los casos, una responsabilidad ulterior razonable y proporcional para quienes han ejercido de forma abusiva el derecho a la libertad de expresión.

Consecuentemente recomendamos en primer lugar una reforma al Código Penal, mediante la cual se trate de forma distinta a las conductas que incurren en un abuso del derecho a la libertad de expresión que versan sobre expresiones de carácter público o sobre funcionarios públicos y aquellas que versan sobre expresiones de carácter privado o sobre personas particulares. Debido a la mayor tolerancia que deben tener los funcionarios públicos respecto de expresiones referentes a su cargo o a su gestión, creemos prudente despenalizar

los delitos de injuria calumniosa y no calumniosa provenientes de expresiones que los involucren con asuntos de interés público. Además se debe ejercer en mayor medida la acción civil que produce la obligación de rectificar o responder por la información difundida en el mismo medio donde ésta haya sido publicada. Subsecuentemente recomendamos que en los casos de expresiones abusivas, relacionadas con asuntos de interés privado, se considere en primera instancia a la vía civil del daño moral, de tal manera que se logre reparar el daño consecuencia de los excesos en el ejercicio de la libertad de expresión mas no se restrinja más de lo necesario éste derecho. Esta reforma, con la salvedad de que para las expresiones de carácter privado, la acción penal sí pueda ser exhortada, cuando hay reincidencia; y comprobación de real malicia para los casos de expresiones difamatorias sobre asuntos de interés público.

3. En el caso de las leyes de desacato que pudimos encontrar vigentes en nuestra legislación, consideramos y recomendamos fundamental su derogación ya que éstas otorgan una protección excesiva e innecesaria a los funcionarios públicos, haciendo cada vez más restringido el ejercicio de la libre expresión, sobre cuestiones referentes a funcionarios públicos o sus funciones. Pudimos constatar que dos proyectos de ley, referentes a la derogación de las leyes de desacato, han sido propuestas al Congreso y posterior Asamblea Nacional, sin éxito, mientras que cada vez son más las demandas que se fundamentan en este tipo de leyes discriminatorias y contrarias a los estándares internacionales sobre libertad de expresión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Las leyes de desacato nos ponen detrás de los países que han sabido acoplar su ordenamiento jurídico a dichos estándares internacionales sobre libertad de expresión.

4. Independientemente de que se trate de personas particulares o profesionales en el ejercicio del periodismo, hemos llegado a la conclusión de que es importante desarrollar y tomar en consideración las doctrinas de la real malicia y la *exceptio veritatis*. La doctrina de la real malicia, en virtud de no dejar impune a quien ha actuado con la intención de irrogar un daño, es decir con ánimo de injuriar, o sin la debida diligencia que amerita la difusión de una determinada información, pero a su vez para salvaguardar las expresiones que han sido emitidas con un alto deber por encontrar la verdad, especialmente cuando tratan asuntos de interés público y no han buscado irrogar daño. Y, la doctrina de la *exceptio veritatis*, en función de mantener vigente la indiscutible posibilidad de la inexistencia del ilícito en caso de que se compruebe la verdad de lo que se ha dicho.

Consideramos que ésta última doctrina (*la exceptio veritatis*), que engloba la prueba de la veracidad de la expresión, debería preverse como tal en el artículo 489 del Código Penal que conceptualiza a las injurias calumniosas. En este sentido, deberá tomarse en cuenta que no toda expresión verdadera está protegida por el ordenamiento jurídico, la prueba de la veracidad de las expresiones surte efecto solo para aquellas expresiones de carácter informativo, que sean denunciadas como injurias calumniosas mas no para las no calumniosas. En cuanto a las expresiones en forma de opinión, no necesitan ser verdaderas puesto que son protegidas por el ordenamiento jurídico siempre y cuando se manifiesten como tales.

5. Tomando en consideración todas estas recomendaciones no podíamos pasar por alto la oportunidad de instar por el desarrollo y la implementación de todos los estándares internacionales sobre el derecho a la libertad de expresión, pero principalmente por la protección y cautela frente a mecanismos de restricción ilegítimos en contra de este derecho fundamental. Es así que criticamos aquellas restricciones indirectas, e ilegítimas que en la actualidad son parte del sistema ecuatoriano, y que son susceptibles de infundir autocensura en la opinión pública e inhibir la libre expresión. Entre ellas encontramos:

- a)** Desincentivos para la importación de papel prensa;
- b)** Discrecionalidad de la autoridad en cuanto a la entrega de frecuencias de radio o televisión;
- c)** Prohibición explícita del Gobierno central para que funcionarios públicos otorguen entrevistas y con ello información a medios privados;
- d)** Alta sustentación de juicios penales en contra de periodistas y medios de comunicación;
- e)** Gran influencia, y control por parte del Gobierno central, sobre un importante número de medios que se encuentran en su posesión; y,
- f)** Una constante desacreditación hacia los periodistas y medios de comunicación privados, por parte de las autoridades de gobierno.
- g)** Uso excesivo de propaganda oficial, desnaturalizando su finalidad de informar sobre los avances del gobierno.
- h)** Establecer limitaciones al trabajo periodístico durante períodos electorales (Código de la Democracia).

- i) Reversión indiscriminada de frecuencias al Estado por supuestos incumplimientos administrativos y técnicos.
- j) Establecer el precedente de que un medio de comunicación es civilmente responsable por las opiniones vertidas por sus periodistas (Caso El Universo).

Cabe rescatar que aunque de diferente forma, algunas de las recomendaciones que hemos planteado han sido ya acogidas por otros ordenamientos jurídicos de la región con resultados provechosos para el resguardo y desarrollo del derecho a la libertad de expresión, como derecho fundamental para el ser humano.

BIBLIOGRAFÍA

Legislación Nacional

- *Código Civil*. (2005). Registro Oficial Suplemento N° 46 de 24 de junio de 2005, última reforma el 26 de junio de 2012.
- *Código de Ética Profesional del Periodista*. (1980). Registro Oficial N° 120 de 4 de febrero de 1980.
- *Código de Procedimiento Penal*. (2000). Registro Oficial Suplemento N° 360 de 13 de enero de 2000, última reforma el 29 de marzo de 2010.
- *Código Penal*. (1971). Registro Oficial Suplemento N° 147 de 22 de enero de 1971, última reforma el 15 de febrero de 2012.
- *Constitución Política de la República del Ecuador*. (1830). Registro Auténtico 1830 de 14 de junio de 1830.
- *Constitución Política de la República del Ecuador*. (1843). Registro Auténtico 1843 de 01 de abril de 1843.
- *Constitución Política de la República del Ecuador*. (1945). Registro Oficial N° 228 de 6 de marzo de 1945.
- *Constitución Política de la República del Ecuador*. (1946). Registro Oficial N° 773 de 31 de diciembre de 1946.
- *Constitución Política de la República del Ecuador*. (1967). Registro Oficial N° 133 de 25 de mayo de 1967.
- *Constitución Política de la República del Ecuador*. (1979). Registro Oficial N° 800 de 27 de marzo de 1979.
- *Constitución Política de la República del Ecuador*. (1998). Registro Oficial N° n/p de 11 de Agosto de 1998.
- *Constitución de la República del Ecuador*. (2008). Registro Oficial N°449 de 20 de octubre de 2008.
- *Decreto Supremo 19*. (1927). Registro Oficial N° 268 de 23 de febrero de 1927.
- *Estatuto de la Federación Nacional de Periodistas*. (1979). Registro Oficial N° 3 de 15 de agosto de 1979, última reforma el 15 de noviembre de 2001.

- *Ley del Ejercicio Profesional del Periodista*. (1975). Registro Oficial N° 900 de 30 de septiembre de 1975, última reforma el 14 de mayo de 2008.
- *Ley derogatoria No.1 para la depuración de la normativa legal*, (2010). Registro Oficial N° 239 de 20 de julio de 2010.
- *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. (2009). Registro Oficial Suplemento N° 52 de 22 de octubre de 2009.
- *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. (2011). Registro Oficial Suplemento N° 555 de 13 de octubre de 2011.
- *Ley de Radiodifusión y Televisión*. (1975). Registro Oficial N° 785 de 18 de abril de 1975, última reforma el 13 de octubre de 2011.
- *Ley de Seguridad Pública y del Estado*. (2009). Registro Oficial Suplemento N° 35 de 28 de septiembre de 2009.
- *Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública*. (2004). Registro Oficial Suplemento N° 337 de 18 de mayo de 2004.

Legislación Internacional

- *Código Penal costarricense, Ley N° 4573*. (1970). Publicado en el Alcance 120 a la Gaceta N° 257 de 15 de noviembre de 1970, última reforma el 22 de abril de 2002 por ley N° 8250.
- *Código Penal uruguayo, Ley 9155*. (1934). Publicado el 1 de julio de 1934, reformado por el art. 20 de la ley 16.099 de 3 de noviembre de 1989.
- *Constitución de la Nación Argentina*. (1994). Buenos Aires.
- *Constitución Política de la República de Chile*. (1980). Santiago.

Instrumentos Internacionales

- *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. (1969). San José.
- *Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados*. (1969). Viena.
- *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*. (1950). Roma.
- *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*. (2000). Washington D.C. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- *Declaración de Chapultepec*. (1994). Chapultepec.

- *Declaración Universal de Derechos Humanos*. (1948). París. Organización de Naciones Unidas.
- *Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión*. (2009). Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. (1966). Nueva York. Organización de Naciones Unidas.
- *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. (1966). Nueva York. Organización de Naciones Unidas.
- *Principios de Johannesburgo Sobre la Seguridad Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información*. (1995). Johannesburgo: Article 19.
- *Principios de Lima*. (2000). Lima: Organización de Estados Americanos.
- *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. (1966). Nueva York: Organización de Naciones Unidas.
- *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. (2009). San José.

Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

- *Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión 2009*. (2010). Washington D.C.: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- *Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión 2008*. (2009). Washington D.C. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- *Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión 2002*. (2003). Washington D.C. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- *Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión 1994*. (1995). Washington D.C. Comisión Interamericana de Derechos Humanos
- *Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. (1995). Washington D.C. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Autores

- ABELLÁN, V. (1996). *Internacionalización del concepto y contenido de los derechos humanos*. Barcelona: Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona.

- Alessandri, A. (1943). *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Santiago: Imprenta Universitaria.
- ARMENDÁRIZ, M. (2002). *El tipo de injusto en el delito de desacato*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid (Tesis Doctoral).
- ALVA, A. (2001). *La inquisición española*. Madrid: Ediciones Akal.
- BACIGALUPO, E. (2002). *Delitos contra el honor*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- BARRAGÁN, G. (2008). *Elementos del daño moral*. Quito: Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones.
- BERNAL, J. (1994). *Honor, verdad e información*. Oviedo: Universidad de Oviedo.
- BUOMPADRE, J. (2010). *Delitos contra el honor*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- BURNEO, R. (2011). *Derecho Constitucional volumen III*. Quito: Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones.
- CABANELLAS, G. (1981). *Diccionario Enciclopédico de Derecho usual*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- CIESPAL. (2009). *Percepción sobre los medios públicos en Ecuador*.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. (1992). Madrid: Editorial Espasa, (22va edición).
- Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. (1995). *La Constitución Española en el Ordenamiento Comunitario Europeo volumen I*. Madrid: Editorial Artegraf S.A.
- ESPINOZA, J. (2003). *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- FERNÁNDEZ, J. (1995). *Derecho Penal Fundamental*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A.
- GUZMÁN, A. (1989). *Diccionario explicativo del derecho penal*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- HERVADA, J. (2007). *Introducción crítica al derecho natural*. Bogotá: Editorial Eunsa.
- JORDAN, T. (2006). *La Constitución de los Estados Unidos e información fascinante al respecto*. Naperville IL. Editorial Oak Hill Publishin Company.
- MUÑOZ, José. (1999). *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1955*. Valencia: Editorial Tirant.
- OROZCO, J. (2000). *Seguridad Nacional*. México D.F.: Editorial Porrúa.
- TAMAYO, A. (1998). *La Responsabilidad Civil Extracontractual y la Contractual*. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

- Universidad Católica Andrés Bello. (1995). *Medios de Comunicación y Democracia*. Caracas: Editorial Texto.
- URIOSTE, F. (2008). *Libertad de expresión y derechos humanos*. Buenos Aires: Euros Editores. S.R.L.
- VALENCIA, A. (1962). *Derecho Civil*. Bogotá: Editorial Temis.

Jurisprudencia Nacional

- Corte Suprema de Justicia- Primera Sala de lo Penal. Quito, 21 de febrero de 2008. Gaceta Judicial No.5.
- Corte Suprema de Justicia– Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Quito, 11 de septiembre de 2007. Registro Oficial Suplemento 423.
- Corte Suprema de Justicia - Primera sala de Casación Penal. Quito, 29 de octubre de 2004. Gaceta Judicial No.15.
- Corte Suprema de Justicia- Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Quito, 29 de octubre de 2002. Gaceta Judicial No.10.
- Corte Suprema de Justicia- Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Quito, 17 de abril de 2002. Gaceta Judicial No. 8.
- Tribunal Constitucional- Segunda Sala. Quito, 29 de mayo de 2008. Registro Oficial Suplemento No. 55.
- Corte Suprema de Justicia – Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. Quito, 8 de agosto de 2001. Registro Oficial 386. Expediente de casación 229.

Jurisprudencia Internacional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

- *Francisco Martorell v. Chile*. Sentencia de 3 de mayo de 1996. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- *Ivcher Bronstein vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- *Kimel vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- *La última tentación de Cristo vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- *Lori Berenson vs Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- *Malcolm Ross vs. Canadá*. Sentencia de 26 de octubre de 2000. Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.
- *Morales Solá*. Sentencia de 12 de noviembre de 1996. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.
- *Palamara Iribarne vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- *Peroz y otros vs. Venezuela*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- *Ricardo Canes vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- *Tristán Donoso vs. Panamá*. Sentencia de 27 de enero de 2009. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- *The New York Times Company vs. L.B. Sullivan*. (1964) Caso 373 U.S. 354, 271. Corte Suprema de los Estados Unidos de América.
- *Usón Ramírez vs. Venezuela*. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

- *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta*. OC-7/86 de 29 de agosto de 1986.
- *Garantías judiciales en casos de emergencia*. OC-9/87 de 6 de octubre de 1987.
- *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. OC-15/97 de 14 de noviembre de 1997.
- *Interpretación de la Declaración Americana se los derechos y deberes del hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. OC-10/89 de 14 de julio de 1989.
- *La colegiación obligatoria de periodistas*. OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985.
- *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. OC-6/86, de 9 de mayo de 1986.

- *Responsabilidad Internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención*. OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994.

Páginas web

- Asociación por los Derechos Civiles. (2006). Principios básicos para la regulación de la publicidad oficial. Buenos Aires: http://www.censuraindirecta.org.ar/sw_contenido.php?id=139
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Relatoría para la Libertad de Expresión; <http://www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=443&lID=2>;
- Declaración Conjunta sobre el Racismo y los Medios de Comunicación de los Relatores para la Libertad de Expresión de las Naciones Unidas, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa y la Organización de los Estados Americanos. (2001) <http://www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=443&lID=2>).
- Sociedad Interamericana de Prensa; <http://www.sipiapa.org/espanol/espanol.cfm>.

ANEXO A

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS SUSCRITA EN LA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José)

PREAMBULO

Los Estados Americanos signatarios de la presente Convención, Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;

Considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional;

Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, y

Considerando que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia,

Han convenido en lo siguiente:

PARTE I - DEBERES DE LOS ESTADOS Y DERECHOS PROTEGIDOS

CAPITULO I - ENUMERACION DE DEBERES

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

CAPITULO II - DERECHOS CIVILES Y POLITICOS

Artículo 3. Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica

Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 4. Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.
3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.
4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.
5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.
6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.
4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.
5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.
6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

Artículo 6. Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre

1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas.

2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzosos, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso.

3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo:

a. los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona reclusa en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;

b. el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél;

c. el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad, y

d. el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su

libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Artículo 10. Derecho a Indemnización

Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Artículo 12. Libertad de Conciencia y de Religión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.
2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.
3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.
4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
 - a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
 - b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.
4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.
5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Artículo 14. Derecho de Rectificación o Respuesta

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.
2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.
3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

Artículo 15. Derecho de Reunión

Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

Artículo 16. Libertad de Asociación

1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.

2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Artículo 18. Derecho al Nombre

Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.

Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Artículo 20. Derecho a la Nacionalidad

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.
3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.
2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.
3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones

penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.

4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.

5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.

6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.

7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.

8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.

9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.

Artículo 23. Derechos Políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Artículo 24. Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

CAPITULO III

DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Artículo 26. Desarrollo Progresivo

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

CAPITULO IV

SUSPENSION DE GARANTIAS, INTERPRETACION Y APLICACION

Artículo 27. Suspensión de Garantías

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

Artículo 28. Cláusula Federal

1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.

2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.

3. Cuando dos o más Estados Partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención.

Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Artículo 30. Alcance de las Restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Artículo 31. Reconocimiento de Otros Derechos

Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77.

CAPITULO V

DEBERES DE LAS PERSONAS

Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos

1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.
2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

PARTE II - MEDIOS DE LA PROTECCION

CAPITULO VI

DE LOS ORGANOS COMPETENTES

Artículo 33.

Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención:

- a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y
- b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.

CAPITULO VII

LA COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Sección 1. Organización

Artículo 34

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se compondrá de siete miembros, que deberán ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos.

Artículo 35

La Comisión representa a todos los miembros que integran la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 36

1. Los Miembros de la Comisión serán elegidos a título personal por la Asamblea General de la Organización de una lista de candidatos propuestos por los gobiernos de los Estados miembros.

2. Cada uno de dichos gobiernos puede proponer hasta tres candidatos, nacionales del Estado que los proponga o de cualquier otro Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos. Cuando se proponga una terna, por lo menos uno de los candidatos deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente.

Artículo 37

1. Los miembros de la Comisión serán elegidos por cuatro años y sólo podrán ser reelegidos una vez, pero el mandato de tres de los miembros designados en la primera elección expirará al cabo de dos años. Inmediatamente después de dicha elección se determinarán por sorteo en la Asamblea General los nombres de estos tres miembros.

2. No puede formar parte de la Comisión más de un nacional de un mismo Estado.

Artículo 38

Las vacantes que ocurrieren en la Comisión, que no se deban a expiración normal del mandato, se llenarán por el Consejo Permanente de la Organización de acuerdo con lo que disponga el Estatuto de la Comisión.

Artículo 39

La Comisión preparará su Estatuto, lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, y dictará su propio Reglamento.

Artículo 40

Los servicios de Secretaría de la Comisión deben ser desempeñados por la unidad funcional especializada que forma parte de la Secretaría General de la Organización y debe disponer de los recursos necesarios para cumplir las tareas que le sean encomendadas por la Comisión.

Sección 2. Funciones

Artículo 41

La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:

- a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;
- b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;
- c) preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;
- d) solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;
- e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;
- f) actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención, y
- g) rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 42

Los Estados Partes deben remitir a la Comisión copia de los informes y estudios que en sus respectivos campos someten anualmente a las Comisiones Ejecutivas del Consejo Interamericano Económico y Social y del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que aquella vele porque se promuevan los derechos derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

Artículo 43

Los Estados Partes se obligan a proporcionar a la Comisión las informaciones que ésta les solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de esta Convención.

Sección 3. Competencia

Artículo 44

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.

Artículo 45

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención.

2. Las comunicaciones hechas en virtud del presente artículo sólo se pueden admitir y examinar si son presentadas por un Estado parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca la referida competencia de la Comisión. La Comisión no admitirá ninguna comunicación contra un Estado parte que no haya hecho tal declaración.

3. Las declaraciones sobre reconocimiento de competencia pueden hacerse para que ésta rija por tiempo indefinido, por un período determinado o para casos específicos.

4. Las declaraciones se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que transmitirá copia de las mismas a los Estados miembros de dicha Organización.

Artículo 46

1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá:

- a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos;
- b) que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva;
- c) que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y
- d) que en el caso del artículo 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición.

2. Las disposiciones de los incisos 1.a. y 1.b. del presente artículo no se aplicarán cuando:

- a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;
- b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y
- c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

Artículo 47

La Comisión declarará inadmisibles toda petición o comunicación presentada de acuerdo con los artículos 44 ó 45 cuando:

- a) falte alguno de los requisitos indicados en el artículo 46;
- b) no exponga hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados por esta Convención;
- c) resulte de la exposición del propio peticionario o del Estado manifiestamente infundada la petición o comunicación o sea evidente su total improcedencia, y
- d) sea sustancialmente la reproducción de petición o comunicación anterior ya examinada por la Comisión u otro organismo internacional.

Sección 4. Procedimiento

Artículo 48

1. La Comisión, al recibir una petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra esta Convención, procederá en los siguientes términos:

a) si reconoce la admisibilidad de la petición o comunicación solicitará informaciones al Gobierno del Estado al cual pertenezca la autoridad señalada como responsable de la violación alegada, transcribiendo las partes pertinentes de la petición o comunicación. Dichas informaciones deben ser enviadas dentro de un plazo razonable, fijado por la Comisión al considerar las circunstancias de cada caso;

b) recibidas las informaciones o transcurrido el plazo fijado sin que sean recibidas, verificará si existen o subsisten los motivos de la petición o comunicación. De no existir o subsistir, mandará archivar el expediente;

c) podrá también declarar la inadmisibilidad o la improcedencia de la petición o comunicación, sobre la base de una información o prueba sobrevinientes;

d) si el expediente no se ha archivado y con el fin de comprobar los hechos, la Comisión realizará, con conocimiento de las partes, un examen del asunto planteado en la petición o comunicación. Si fuere necesario y conveniente, la Comisión realizará una investigación para cuyo eficaz cumplimiento solicitará, y los Estados interesados le proporcionarán, todas las facilidades necesarias;

e) podrá pedir a los Estados interesados cualquier información pertinente y recibirá, si así se le solicita, las exposiciones verbales o escritas que presenten los interesados;

f) se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención.

2. Sin embargo, en casos graves y urgentes, puede realizarse una investigación previo consentimiento del Estado en cuyo territorio se alegue haberse cometido la violación, tan sólo con la presentación de una petición o comunicación que reúna todos los requisitos formales de admisibilidad.

Artículo 49

Si se ha llegado a una solución amistosa con arreglo a las disposiciones del inciso 1.f. del artículo 48 la Comisión redactará un informe que será transmitido al peticionario y a los Estados Partes en esta Convención y comunicado después, para su publicación, al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos. Este informe contendrá

una breve exposición de los hechos y de la solución lograda. Si cualquiera de las partes en el caso lo solicitan, se les suministrará la más amplia información posible.

Artículo 50

1. De no llegarse a una solución, y dentro del plazo que fije el Estatuto de la Comisión, ésta redactará un informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones. Si el informe no representa, en todo o en parte, la opinión unánime de los miembros de la Comisión, cualquiera de ellos podrá agregar a dicho informe su opinión por separado. También se agregarán al informe las exposiciones verbales o escritas que hayan hecho los interesados en virtud del inciso 1.e. del artículo 48.
2. El informe será transmitido a los Estados interesados, quienes no estarán facultados para publicarlo.
3. Al transmitir el informe, la Comisión puede formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas.

Artículo 51

1. Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración.
2. La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada.
3. Transcurrido el período fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe.

CAPITULO VIII

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Sección 1. Organización

Artículo 52

1. La Corte se compondrá de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la Organización, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones

requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos.

2. No debe haber dos jueces de la misma nacionalidad.

Artículo 53

1. Los jueces de la Corte serán elegidos, en votación secreta y por mayoría absoluta de votos de los Estados Partes en la Convención, en la Asamblea General de la Organización, de una lista de candidatos propuestos por esos mismos Estados.

2. Cada uno de los Estados Partes puede proponer hasta tres candidatos, nacionales del Estado que los propone o de cualquier otro Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos. Cuando se proponga una terna, por lo menos uno de los candidatos deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente.

Artículo 54

1. Los jueces de la Corte serán elegidos para un período de seis años y sólo podrán ser reelegidos una vez. El mandato de tres de los jueces designados en la primera elección, expirará al cabo de tres años. Inmediatamente después de dicha elección, se determinarán por sorteo en la Asamblea General los nombres de estos tres jueces.

2. El juez elegido para reemplazar a otro cuyo mandato no ha expirado, completará el período de éste.

3. Los jueces permanecerán en funciones hasta el término de su mandato. Sin embargo, seguirán conociendo de los casos a que ya se hubieran abocado y que se encuentren en estado de sentencia, a cuyos efectos no serán sustituidos por los nuevos jueces elegidos.

Artículo 55

1. El juez que sea nacional de alguno de los Estados Partes en el caso sometido a la Corte, conservará su derecho a conocer del mismo.

2. Si uno de los jueces llamados a conocer del caso fuere de la nacionalidad de uno de los Estados Partes, otro Estado parte en el caso podrá designar a una persona de su elección para que integre la Corte en calidad de juez ad hoc.

3. Si entre los jueces llamados a conocer del caso ninguno fuere de la nacionalidad de los Estados Partes, cada uno de éstos podrá designar un juez ad hoc.

4. El juez ad hoc debe reunir las calidades señaladas en el artículo 52.

5. Si varios Estados Partes en la Convención tuvieran un mismo interés en el caso, se considerarán como una sola parte para los fines de las disposiciones precedentes. En caso de duda, la Corte decidirá.

Artículo 56

El quórum para las deliberaciones de la Corte es de cinco jueces.

Artículo 57

La Comisión comparecerá en todos los casos ante la Corte.

Artículo 58

1. La Corte tendrá su sede en el lugar que determinen, en la Asamblea General de la Organización, los Estados Partes en la Convención, pero podrá celebrar reuniones en el territorio de cualquier Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos en que lo considere conveniente por mayoría de sus miembros y previa aquiescencia del Estado respectivo. Los Estados Partes en la Convención pueden, en la Asamblea General por dos tercios de sus votos, cambiar la sede de la Corte.

2. La Corte designará a su Secretario.

3. El Secretario residirá en la sede de la Corte y deberá asistir a las reuniones que ella celebre fuera de la misma.

Artículo 59

La Secretaría de la Corte será establecida por ésta y funcionará bajo la dirección del Secretario de la Corte, de acuerdo con las normas administrativas de la Secretaría General de la Organización en todo lo que no sea incompatible con la independencia de la Corte. Sus funcionarios serán nombrados por el Secretario General de la Organización, en consulta con el Secretario de la Corte.

Artículo 60

La Corte preparará su Estatuto y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, y dictará su Reglamento.

Sección 2. Competencia y Funciones

Artículo 61

1. Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.
2. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50.

Artículo 62

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.
2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte.
3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

Artículo 63

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.
2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

Artículo 64

1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los

derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

Artículo 65

La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.

Sección 3. Procedimiento

Artículo 66

1. El fallo de la Corte será motivado.
2. Si el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente o individual.

Artículo 67

El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo.

Artículo 68

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.
2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

Artículo 69

El fallo de la Corte será notificado a las partes en el caso y transmitido a los Estados partes en la Convención.

CAPITULO IX

DISPOSICIONES COMUNES

Artículo 70

1. Los jueces de la Corte y los miembros de la Comisión gozan, desde el momento de su elección y mientras dure su mandato, de las inmunidades reconocidas a los agentes diplomáticos por el derecho internacional. Durante el ejercicio de sus cargos gozan, además, de los privilegios diplomáticos necesarios para el desempeño de sus funciones.
2. No podrá exigirse responsabilidad en ningún tiempo a los jueces de la Corte ni a los miembros de la Comisión por votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 71

Son incompatibles los cargos de juez de la Corte o miembros de la Comisión con otras actividades que pudieren afectar su independencia o imparcialidad conforme a lo que se determine en los respectivos Estatutos.

Artículo 72

Los jueces de la Corte y los miembros de la Comisión percibirán emolumentos y gastos de viaje en la forma y condiciones que determinen sus Estatutos, teniendo en cuenta la importancia e independencia de sus funciones. Tales emolumentos y gastos de viaje será fijados en el programa-presupuesto de la Organización de los Estados Americanos, el que debe incluir, además, los gastos de la Corte y de su Secretaría. A estos efectos, la Corte elaborará su propio proyecto de presupuesto y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, por conducto de la Secretaría General. Esta última no podrá introducirle modificaciones.

Artículo 73

Solamente a solicitud de la Comisión o de la Corte, según el caso, corresponde a la Asamblea General de la Organización resolver sobre las sanciones aplicables a los miembros de la Comisión o jueces de la Corte que hubiesen incurrido en las causales previstas en los respectivos Estatutos. Para dictar una resolución se requerirá una mayoría de los dos tercios de los votos de los Estados miembros de la Organización en el caso de

los miembros de la Comisión y, además, de los dos tercios de los votos de los Estados Partes en la Convención, si se tratare de jueces de la Corte.

PARTE III - DISPOSICIONES GENERALES Y TRANSITORIAS

CAPITULO X

FIRMA, RATIFICACION, RESERVA, ENMIENDA, PROTOCOLO Y DENUNCIA

Artículo 74

1. Esta Convención queda abierta a la firma y a la ratificación o adhesión de todo Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos.
2. La ratificación de esta Convención o la adhesión a la misma se efectuará mediante el depósito de un instrumento de ratificación o de adhesión en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Tan pronto como once Estados hayan depositado sus respectivos instrumentos de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor. Respecto a todo otro Estado que la ratifique o adhiera a ella ulteriormente, la Convención entrará en vigor en la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión.
3. El Secretario General informará a todos los Estados miembros de la Organización de la entrada en vigor de la Convención.

Artículo 75

Esta Convención sólo puede ser objeto de reservas conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969.

Artículo 76

1. Cualquier Estado parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del Secretario General, pueden someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención.
2. Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificantes de las mismas en la fecha en que se haya depositado el respectivo instrumento de ratificación que corresponda al número de los dos tercios de los Estados Partes en esta Convención. En cuanto al resto de los Estados Partes, entrarán en vigor en la fecha en que depositen sus respectivos instrumentos de ratificación.

Artículo 77

1. De acuerdo con la facultad establecida en el artículo 31, cualquier Estado parte y la Comisión podrán someter a la consideración de los Estados Partes reunidos con ocasión de la Asamblea General, proyectos de protocolos adicionales a esta Convención, con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades.
2. Cada protocolo debe fijar las modalidades de su entrada en vigor, y se aplicará sólo entre los Estados Partes en el mismo.

Artículo 78

1. Los Estados Partes podrán denunciar esta Convención después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras partes.
2. Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado parte interesado de las obligaciones contenidas en esta Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto.

CAPITULO XI

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Sección 1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Artículo 79

Al entrar en vigor esta Convención, el Secretario General pedirá por escrito a cada Estado Miembro de la Organización que presente, dentro de un plazo de noventa días, sus candidatos para miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El Secretario General preparará una lista por orden alfabético de los candidatos presentados y la comunicará a los Estados miembros de la Organización al menos treinta días antes de la próxima Asamblea General.

Artículo 80

La elección de miembros de la Comisión se hará de entre los candidatos que figuren en la lista a que se refiere el artículo 79, por votación secreta de la Asamblea General y se declararán elegidos los candidatos que obtengan mayor número de votos y la mayoría

absoluta de los votos de los representantes de los Estados miembros. Si para elegir a todos los miembros de la Comisión resultare necesario efectuar varias votaciones, se eliminará sucesivamente, en la forma que determine la Asamblea General, a los candidatos que reciban menor número de votos.

Sección 2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Artículo 81

Al entrar en vigor esta Convención, el Secretario General pedirá por escrito a cada Estado parte que presente, dentro de un plazo de noventa días, sus candidatos para jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Secretario General preparará una lista por orden alfabético de los candidatos presentados y la comunicará a los Estados Partes por lo menos treinta días antes de la próxima Asamblea General.

Artículo 82

La elección de jueces de la Corte se hará de entre los candidatos que figuren en la lista a que se refiere el artículo 81, por votación secreta de los Estados Partes en la Asamblea General y se declararán elegidos los candidatos que obtengan mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes. Si para elegir a todos los jueces de la Corte resultare necesario efectuar varias votaciones, se eliminarán sucesivamente, en la forma que determinen los Estados Partes, a los candidatos que reciban menor número de votos.

EN FE DE LO CUAL, los Plenipotenciarios infrascritos, cuyos plenos poderes fueron hallados de buena y debida forma, firman esta Convención, que se llamará "PACTO DE SAN JOSE DE COSTA RICA", en la ciudad de San José, Costa Rica, el veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve.

ANEXO B

DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN

PREÁMBULO

REAFIRMANDO la necesidad de asegurar en el hemisferio el respeto y la plena vigencia de las libertades individuales y los derechos fundamentales de los seres humanos a través de un estado de derecho;

CONSCIENTES que la consolidación y desarrollo de la democracia depende de la existencia de libertad de expresión;

PERSUADIDOS que el derecho a la libertad de expresión es esencial para el desarrollo del conocimiento y del entendimiento entre los pueblos, que conducirá a una verdadera comprensión y cooperación entre las naciones del hemisferio;

CONVENCIDOS que cuando se obstaculiza el libre debate de ideas y opiniones se limita la libertad de expresión y el efectivo desarrollo del proceso democrático;

CONVENCIDOS que garantizando el derecho de acceso a la información en poder del Estado se conseguirá una mayor transparencia de los actos del gobierno afianzando las instituciones democráticas;

RECORDANDO que la libertad de expresión es un derecho fundamental reconocido en la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Resolución 59(I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Resolución 104 adoptada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, La Ciencia y la Cultura (UNESCO), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en otros instrumentos internacionales y constituciones nacionales;

RECONOCIENDO que los principios del Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos representan el marco legal al que se encuentran sujetos los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos;

REAFIRMANDO el Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece que el derecho a la libertad de expresión comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas sin consideración de fronteras y por cualquier medio de transmisión;

CONSIDERANDO la importancia de la libertad de expresión para el desarrollo y protección de los derechos humanos, el papel fundamental que le asigna la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos y el pleno apoyo con que contó la creación de la Relatoría para la Libertad de Expresión, como instrumento fundamental para la protección de este derecho en el hemisferio, en la Cumbre de las Américas celebrada en Santiago de Chile;

RECONOCIENDO que la libertad de prensa es esencial para la realización del pleno y efectivo ejercicio de la libertad de expresión e instrumento indispensable para el funcionamiento de la democracia representativa, mediante la cual los ciudadanos ejercen su derecho a recibir, difundir y buscar información;

REAFIRMANDO que los principios de la Declaración de Chapultepec constituyen un documento básico que contempla las garantías y la defensa de la libertad de expresión, la libertad e independencia de la prensa y el derecho a la información;

CONSIDERANDO que la libertad de expresión no es una concesión de los Estados, sino un derecho fundamental;

RECONOCIENDO la necesidad de proteger efectivamente la libertad de expresión en las Américas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en respaldo a la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, adopta la siguiente Declaración de Principios;

PRINCIPIOS

1. La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática.
2. Toda persona tiene el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en los términos que estipula el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, sexo, idioma, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
3. Toda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla.

4. El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.

5. La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión.

6. Toda persona tiene derecho a comunicar sus opiniones por cualquier medio y forma. La colegiación obligatoria o la exigencia de títulos para el ejercicio de la actividad periodística, constituyen una restricción ilegítima a la libertad de expresión. La actividad periodística debe regirse por conductas éticas, las cuales en ningún caso pueden ser impuestas por los Estados.

7. Condicionamientos previos, tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad por parte de los Estados son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales.

8. Todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales.

9. El asesinato, secuestro, intimidación, amenaza a los comunicadores sociales, así como la destrucción material de los medios de comunicación, viola los derechos fundamentales de las personas y coarta severamente la libertad de expresión. Es deber de los Estados prevenir e investigar estos hechos, sancionar a sus autores y asegurar a las víctimas una reparación adecuada.

10. Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a

través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas.

11. Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como “*leyes de desacato*” atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información.

12. Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos.

13. La utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley. Los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente. Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión.

ANEXO C

VOTO CONCURRENTE RAZONADO DEL JUEZ SERGIO GARCIA RAMIREZ A LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO HERERERA ULLOA VS. COSTA RICA, DE 2 DE JULIO DE 2004

1. Libertad de expresión. Medios de comunicación social y ejercicio del periodismo

1. No es esta la primera vez que la Corte Interamericana debe pronunciarse sobre hechos que afectan la libertad de expresión. De éstos se ha ocupado en otras oportunidades, con diferente contexto: en alguna hipótesis, dentro de una circunstancia de violaciones graves de derechos humanos --así declaradas--, enrarecimiento de la democracia y conflicto institucional; en otra, dentro del contexto de la democracia y la vigencia de los derechos fundamentales. Esta es la situación que corresponde al *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sobre el que se produjo la *Sentencia del 2 de julio del 2004*, con la que coincido y a la que acompaño el presente *Voto*. La diversidad de circunstancias permite volver sobre una cuestión relevante, que no es mi tema en este momento: las distintas características que revisten la colisión entre bienes jurídicos y la preservación de los derechos humanos en un “ambiente autoritario”, frente a las que poseen en un “ambiente democrático”.

2. Al examinar, en esas otras oportunidades, hechos violatorios del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Tribunal ha tomado en cuenta, como ocurre en la sentencia a la que se agrega este *Voto*, las características específicas que ofrece aquella libertad cuando se ejerce a través de medios de comunicación social que permiten la transmisión de mensajes a un gran número de personas y posee, por lo mismo, una proyección social que también ha sido reconocida por la Corte en los términos del artículo 13 de la Convención Americana. En esta hipótesis contribuye a la información de la sociedad en su conjunto y a las decisiones que adoptan sus integrantes, con todo lo que ello significa.

3. Obviamente, la libertad de expresión se consagra y se defiende en cualquier caso. No tiene acotaciones subjetivas. No se agota en el espacio de un grupo humano,

profesional, socioeconómico, étnico o nacional, de género, edad, convicción o creencia. Posee un carácter verdaderamente universal, en cuanto atañe a todas las personas. Sin embargo, reviste particularidades especialmente relevantes --que imponen matices, cuidados, condiciones específicas-- en el supuesto de quienes ejercen esa libertad con motivo de la profesión que desempeñan. Estos desarrollan una actividad que supone la libertad de expresión y se vale directamente de ella, como instrumento para la realización personal y medio para que otros desenvuelvan sus potencialidades, individuales y colectivas. Por ello la libertad de expresión figura en declaraciones o instrumentos específicos, que se fundan en el carácter general de aquélla y transitan de ahí a su carácter particular en el espacio de la comunicación social. Esto se mira igualmente en el ámbito doméstico, en el que se procura --tarea que también se ha emprendido en Costa Rica-- contar con disposiciones adecuadas para la comunicación social, no sólo para la expresión en general.

4. En esta última hipótesis se plantea la “dimensión trascendental” de la libertad de expresión. Entre los datos que concurren a caracterizarla figuran su gran alcance (que le permite llegar a un número muy elevado de personas, en su mayoría ajenas al emisor del mensaje y desconocidas por éste), y la condición de quienes la ejercen (profesionales de la comunicación, de quienes depende, en buena medida, la información de los receptores del mensaje). Esto implica que la libertad de expresión adquiera un doble valor: el que le corresponde por sí misma, en su calidad de derecho fundamental, aun sin tomar en cuenta la conexión que guarda con los restantes derechos básicos así como el papel que cumple en el conjunto de la vida social, y el que posee desde una perspectiva “funcional”: por el servicio que brinda a la existencia, subsistencia, ejercicio, desarrollo y garantía de otros derechos y libertades.

5. Los restantes derechos padecen, declinan o desaparecen cuando decae la libertad de expresión. La defensa de la vida, la protección de la libertad, la preservación de la integridad personal, el respeto al patrimonio, el acceso a la justicia deben mucho a la libertad de expresión, desplegada como crítica o poder de denuncia, exigencia individual o colectiva. De ahí que el autoritarismo suela desplegarse sobre la libertad de expresión, como medio de evitar el conocimiento puntual de la realidad, silenciar las discrepancias, disuadir o frustrar la protesta y cancelar finalmente el pluralismo característico de una sociedad democrática. Y de ahí, también, que la “sensibilidad democrática” se mantenga

en permanente estado de alerta para prevenir y combatir cualesquiera infracciones a la libertad de expresión, que pudieran traer consigo, en el futuro cercano o distante, otro género de opresiones.

2. Limitación y restricción en el goce y ejercicio del derecho

6. Aun cuando el caso que ahora me ocupa no se suscita en un contexto autoritario, el planteamiento del tema ha permitido examinar diversos extremos relevantes para la libertad de expresión y, en esta virtud, para las instituciones y las prácticas en la sociedad democrática. Asimismo, ha llamado la atención sobre algunas cuestiones que están en el centro del debate contemporáneo. Entre éstas se hallan la solución al conflicto entre bienes jurídicos y derechos, por una parte, y la reacción legítima ante el desbordamiento que pudiera ocurrir en el ejercicio de éstos, por la otra. No se trata, por supuesto, de temas inexplorados; por el contrario, han sido objeto de constante examen. Los más altos tribunales nacionales y las jurisdicciones internacionales se han ocupado en litigios que entrañan el ejercicio de la libertad de expresión frente a otras libertades o derechos, igualmente merecedores de reconocimiento y tutela. La deliberación sobre las interrogantes que aquí se elevan no siempre desemboca en conclusiones unánimemente aceptadas. Hay en este campo deliberaciones inconclusas y soluciones pendientes.

7. La resolución adoptada por la Corte, que plenamente comparto, toma en cuenta, en un extremo, el doble valor de la libertad de expresión al que antes me referí, y en el otro, los límites que tiene el ejercicio de esa libertad. La proclamación de los derechos básicos como estatuto radical del ser humano --proclamación que marca el advenimiento del hombre moderno: ya no vasallo, sino ciudadano, titular de derechos en su simple condición de ser humano-- se hizo conjuntamente con otra manifestación enfática recogida en los mismos documentos: la frontera que aquellos encuentran en los derechos de los otros hombres. Bien que se tenga y ejerza un derecho, a condición de que esa titularidad y ese ejercicio no despojen a los conciudadanos de la titularidad y el ejercicio de sus propios derechos. Este lindero, anunciado por las declaraciones clásicas y retenido por los instrumentos modernos, se expresa en diversos conceptos: sea el derecho subjetivo ajeno, sea la seguridad de todos y las justas exigencias del bienestar general y el desenvolvimiento democrático, para usar, ejemplificativamente, las palabras de la

Declaración Americana (artículo XXVII), que repercute en el Pacto de San José (artículo 32.1).

8. De esta dialéctica, que es una experiencia constante en las relaciones sociales y un motivo de atención permanente para el control jurídico, proviene la limitación o restricción al goce y ejercicio de los derechos y las libertades. Estas restricciones “no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas” (artículo 30 de la Convención Americana). Las reglas de interpretación de los tratados, con el acento especial que poseen cuando vienen al caso los derechos humanos, buscan la mayor y mejor vigencia de derechos y libertades, conforme al objeto y fin del correspondiente tratado. De ahí que las limitaciones deban ser entendidas y aplicadas con criterio restrictivo, sujetas a la mayor exigencia de racionalidad, oportunidad y moderación. Este es un punto también explorado por la jurisprudencia internacional y recogido en las resoluciones de la Corte Interamericana.

9. En este extremo, es pertinente observar que al régimen de las limitaciones genéricas, correspondientes a diversos derechos y libertades, la Convención agrega referencias específicas en el rubro de la libertad de pensamiento y de expresión, como se mira en el artículo 13, párrafos 2, 4 y 5. La Corte ha elaborado ya una fórmula cuidadosa sobre las restricciones admisibles en este caso, que sirve para ponderar las que establezcan los ordenamientos nacionales. En la *Opinión Consultiva OC-5/85*, acerca de *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, del 13 de noviembre de 1985, este Tribunal señaló que “la ‘necesidad’ y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas en el artículo 13.2 de la Convención Americana, 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 dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo” (párr. 46).

3. Reacción penal

10. En los términos descritos, se acepta la posibilidad y la necesidad de echar mano de ciertas reacciones que permitan mantener a cada quien en el ámbito de sus libertades y derechos, y sancionar, en consecuencia, los desbordamientos que impliquen atropello de las libertades y los derechos ajenos. Sobre este fundamento se construye el sistema de responsabilidades, en sus diversas vertientes, con el correspondiente catálogo de sanciones. En la prudente selección de las opciones legítimas se halla el equilibrio que disuade tanto la anarquía como el autoritarismo.

11. No es infrecuente que la libertad de expresión, recogida en el artículo 13 de la Convención Americana, entre o parezca entrar en colisión con otros derechos, como lo son cuantos tienen que ver con la intimidad, el honor, el prestigio, el principio de inocencia. El artículo 11 de la misma Convención alude al derecho a la honra y a la dignidad. Colisión de bienes tutelados, ésta, que posee rasgos particulares cuando la expresión se vale de los medios sociales de comunicación, con el enorme alcance que éstos tienen, el poder que significan y el impacto que pueden tener, por eso mismo, en la vida de las personas y en la integridad y preservación de sus bienes jurídicos. Cuando no ha sido posible evitar la colisión, es preciso proveer un acto de autoridad que corrija la desviación, exija la responsabilidad consiguiente e imponga las medidas que deriven de ésta. Es en este ámbito donde surge la necesidad, cuya satisfacción no siempre es sencilla, de identificar los intereses merecedores de tutela, valorar su jerarquía en el orden democrático y seleccionar los medios adecuados para protegerlos.

12. El caso sujeto al conocimiento de la Corte Interamericana, a propósito de la publicación de ciertos artículos en el diario “La Nación”, de Costa Rica, por el periodista Mauricio Herrera Ulloa, trae consigo el examen de la vía penal como medio para sancionar conductas ilícitas --según determinadas alegaciones-- en el ejercicio de la actividad periodística, con agravio de particulares. De primera intención, este planteamiento conduce al examen de tipos penales y su interpretación en el correspondiente enjuiciamiento. Es así que se plantea el problema del dolo, en general, y el dolo específico que pudiera requerir el tipo penal cuando se trata de delitos contra el honor. También se suscita en este punto el tema de la *exceptio veritatis* como posible causa de exclusión penal --sea por atipicidad de la conducta, sea por justificación o inculpabilidad, según la recepción que se haga de ese

posible argumento en los ordenamientos positivos y el concepto que sustente la doctrina--, y las cuestiones que esto promueve en lo que respecta a la llamada presunción de inocencia, o más rigurosamente, al principio de inocencia que gobierna y modera el trato penal y procesal del inculgado.

13. Si las cosas se plantean de esta manera, cabría afirmar: a) que la caracterización de la infracción punible que trae consigo el ejercicio desviado de la libertad de expresión debe tomar en cuenta el dolo específico de causar descrédito, lesionar la buena fama o el prestigio, inferir perjuicio al sujeto pasivo, y no limitarse a prever e incriminar cierto resultado; b) que es debido, como lo requiere el Derecho penal de orientación democrática, poner la carga de la prueba en las manos de quien acusa y no de quien recibe y rechaza la acusación amparado por el principio de inocencia; c) que la eventual regulación de una *exceptio veritatis*, en su caso, no debe significar inversión en la carga de la prueba que contradiga las derivaciones probatorias de ese principio; y d) que el ejercicio de la profesión periodística, que implica derechos y deberes vinculados a la información --entre ellos, determinadas obligaciones de cuidado, como corresponde al desempeño de cualquier actividad-- y se encuentra previsto y amparado por la ley --existe un interés social y una consagración estatal de ese interés--, puede constituir una hipótesis de exclusión del delito, por licitud de la conducta, si se adecua a las condiciones que consigna la regulación de esta excluyente, similares o idénticas a las previstas para la plena satisfacción de otras causas de justificación. Desde luego, al examinar ese deber de cuidado es preciso acotar su alcance con ponderación. Que deba existir no implica que vaya más allá de lo razonable. Esto último traería consigo una inhibición absoluta: el silencio sustituiría al debate.

14. Ahora bien, creo que antes de resolver la mejor forma de tipificar penalmente estos ilícitos, habría que decidir si es necesario y conveniente, para la adecuada solución de fondo del problema --consecuente con el conjunto de bienes e intereses en conflicto y con el significado que tienen las opciones al alcance del legislador--, recurrir a la solución penal, o basta con prever responsabilidades de otro orden y poner en movimiento reacciones jurídicas de distinta naturaleza: administrativas y civiles, por ejemplo, como ocurre en un gran número --de hecho, en el mayor número, con mucho-- de supuestos de conducta ilícita, que el Derecho no enfrenta con instrumentos penales, sino con medidas de diverso género.

15. En este punto del análisis, es preciso recordar que, en general --y salvo rezagos históricos y tentaciones autoritarias, que no son pocas ni se hallan en receso--, prevalece la corriente favorable al denominado Derecho penal “mínimo”, es decir, al empleo moderado, restrictivo, marginal, del aparato punitivo, reservado precisamente para aquellos casos en que es imposible o francamente inadecuado optar por soluciones menos abrumadoras. El aparato penal constituye la herramienta más severa con que cuenta el Estado --la sociedad, mejor todavía--, en el despliegue de su monopolio de la fuerza, para enfrentar conductas que atentan gravemente --muy gravemente-- contra la vida de la comunidad y los derechos primordiales de sus integrantes.

16. En un “ambiente político autoritario” se recurre con frecuencia al expediente punitivo: éste no constituye el último recurso, sino uno de los primeros, conforme a la tendencia a “gobernar con el Código penal en la mano”, una proclividad que se instala tanto sobre el autoritarismo, confeso o encubierto, como sobre la ignorancia, que no encuentra mejor modo de atender la legítima demanda social de seguridad. Lo contrario sucede en un “ambiente democrático”: la tipificación penal de las conductas y la aplicación de penas constituyen el último recurso, una vez agotados los restantes o demostrado que son ineficientes para sancionar las más graves lesiones a los bienes jurídicos de mayor jerarquía. Es entonces, y sólo entonces, cuando se acepta el empleo del remedio penal: porque es indispensable e inevitable. E incluso en esta circunstancia, la tipificación debe ser cuidadosa y rigurosa, y la punición debe ser racional, ajustada a la jerarquía de los bienes tutelados, a la lesión que se les causa o al peligro en el que se les coloca y a la culpabilidad del agente, y elegida entre diversas opciones útiles que están a la mano del legislador y del juzgador, en sus respectivos momentos. Por supuesto, se debe distinguir entre la “verdadera necesidad” de utilizar el sistema penal, que debe tener un claro sustento objetivo, y la “falsa necesidad” de hacerlo, apenas como consecuencia de la ineficacia de la autoridad, que se pretende “corregir” con el desbocamiento del aparato represivo.

17. Reservar el expediente penal para el menor número de casos no significa, en modo alguno, justificar conductas ilícitas o autorizar la impunidad de éstas, dejando sin respuesta el agravio cometido, lo cual implicaría el incumplimiento de deberes estatales frente a la víctima de aquél. Sólo implica reconducir la respuesta jurídica hacia una vía en la que los hechos puedan ser juzgados racionalmente, y su autor sancionado como corresponda. Esta alternativa permite atender, en forma pertinente y con el menor costo social, la necesidad

de preservar bienes estimables que entran en aparente colisión, sin incurrir en castigos innecesarios --que serían, por lo mismo, excesivos--, y dejando siempre viva la posibilidad --más todavía: la necesidad-- de que quienes incurren en comportamientos ilícitos reciban la condena que merecen. En suma: despenalización no significa ni autorización ni impunidad.

18. Esta forma de enfrentar la ilicitud parece especialmente adecuada en el supuesto de (algunas o todas las) afectaciones al honor, la buena fama, el prestigio de los particulares. Esto así, porque a través de la vía civil se obtienen los resultados que se querría derivar de la vía penal, sin los riesgos y desventajas que ésta presenta. En efecto, la sentencia civil condenatoria constituye, de suyo, una declaración de ilicitud no menos enfática y eficaz que la condena penal: señala, bajo un título jurídico diferente, lo mismo que se espera de ésta, a saber, que el demandado incurrió en un comportamiento injusto en agravio del demandante, a quien le asiste el derecho y la razón. De esta suerte, la sentencia civil entraña, por sí misma, una reparación consecuente con la necesidad de satisfacer el honor de quien reclama la tutela judicial. El valor de la sentencia, *per se*, como medio de reparación o satisfacción moral, ha sido recogido por la Corte Interamericana en numerosas sentencias, entre las que hoy figura la relativa al *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Por otra parte, la misma sentencia civil puede condenar al pago de ciertas prestaciones correspondientes al daño moral y, en su caso, material, causado a la persona a quien se difamó. Así las cosas, una resolución civil provee las dos especies de reparación que revisten mayor interés para el sujeto agraviado, y además entraña, para satisfacción social, el reproche jurídico que merece una conducta ilícita.

19. En fin de cuentas, esta solución debiera ser considerada seriamente, de *lege ferenda* --y en efecto lo ha sido--, como sustituto de las opciones penales cuando se trata de enjuiciar a un periodista por infracciones contra el honor en el ejercicio de la profesión, dejando siempre a salvo --es obvio-- la justificación civil y penal que deriva del ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber ceñidos a las normas que encauzan la actividad informativa, que desde luego no está ni puede estar sustraída a responsabilidad, como no lo está la conducta de ninguna persona. Evidentemente, la solución civil no trae consigo los problemas que suscita la solución penal ante las normas nacionales e internacionales en materia de derechos humanos, ni posee el carácter intimidante inherente

a la conminación penal y que apareja, como lo ha visto la Corte, un factor de inhibición para el ejercicio de la libertad de expresión.

20. En la búsqueda de soluciones alternativas, que debieran desembocar, no obstante, en “la” solución razonable para este asunto, no sobra recordar que en algunos casos se ha previsto la posibilidad de sancionar penalmente la reiterada comisión de ilícitos inicialmente sancionables bajo el Derecho civil o administrativo. En tales supuestos, la reiteración de una falta implica el agravamiento de la ilicitud, hasta el extremo de que ésta transite del orden civil o administrativo al orden penal y sea sancionable con medidas de este último carácter. Pudiera haber otras opciones, de media vía, en el camino que lleve a la solución que no pocos consideramos preferible: resolver por la vía civil los excesos cometidos a través de medios de comunicación social, por profesionales de la información. Esta propuesta no significa, necesariamente, ni exclusión ni inclusión, dentro de la hipótesis examinada, de los supuestos que integran el universo entero de las infracciones contra el honor. En diversas legislaciones se ha operado el tránsito, total o parcial, hacia los remedios civiles y administrativos.

21. En el conocimiento del caso por parte de la Corte se tuvo noticia sobre un proyecto de reformas en Costa Rica, a propósito de libertad de expresión y prensa, que introduciría cambios en los Códigos Penal y Procesal Penal y en la Ley de Imprenta. Este proyecto pone a la vista la existencia de una corriente de opinión que considera pertinente modificar normas en puntos estrechamente vinculados a la libertad de expresión. En los términos del proyecto, acerca del cual la Corte no está llamada a pronunciarse en este caso contencioso, el artículo 151 del Código Penal pasaría a incorporar determinados supuestos de exclusión del delito relacionados con comportamientos del género que ahora nos ocupa. Entre éstos figuran situaciones tales como que “se trate de la publicación o la reproducción de informaciones o juicios de valor sobre hechos de interés público, ofensivas al honor o al crédito público, vertidas por otros medios de comunicación colectiva, por agencias de noticias, por autoridades públicas, o por particulares con conocimiento autorizado de los hechos, siempre que la publicación indique de cuál de éstos proviene la información” (inciso 2); y como que “se trat(e) del concepto desfavorable expresado en cumplimiento de un deber o ejerciendo un derecho, siempre que el modo de proceder o la falta de reserva, cuando debió haberla, no demuestren un propósito ofensivo” (inciso 4).

4. Tutela del honor. Interés público y condición de funcionario.

22. La reflexión de la Corte, a partir de las particularidades del caso en examen, se ha ocupado en ciertos aspectos de la especificidad que presenta la colisión entre la libertad de expresión, ejercida para fines informativos dentro de un desempeño profesional, y el derecho a la buena fama, el prestigio, el honor, la intimidad --en sus casos-- de quien resulta aludido por esa información. En la especie, se ha deslindado la situación que guarda el funcionario público de la que tiene el ciudadano ordinario, que no desempeña función alguna por encargo o en nombre del Estado.

23. Con respecto a este asunto, vale decir, por una parte, que entre los objetivos centrales de la información requerida por los ciudadanos y provista por los comunicadores sociales figura, precisamente, aquella que se refiere a la “cosa pública”, en un sentido amplio, contemporáneo y “realista”: se trata de que “todos puedan saber lo que a todos interesa”. Existe un legítimo interés, en el que se instala un también legítimo empleo de la libertad de expresión en su vertiente informativa, en conocer lo que de alguna manera compromete a la sociedad en su conjunto, incide sobre la marcha del Estado, afecta intereses o derechos generales, acarrea consecuencias importantes para la comunidad. Las tareas de gobierno --y más ampliamente, las actividades del Estado, a través de sus diversos órganos-- no son indiferentes y mucho menos debieran ser inaccesibles al conocimiento de los ciudadanos comunes. La democracia se construye a partir de la opinión pública, debidamente informada, que con base en esa información orienta su juicio y toma sus decisiones. Así, el ingreso en el ámbito de esas cuestiones resultará mucho más holgado que el correspondiente a los asuntos estrictamente privados, propios de la vida personal o íntima, que no trascienden sus estrictos linderos. La llamada “transparencia” tiene en aquel ámbito uno de sus espacios naturales.

24. Hoy día, en una sociedad compleja, heterogénea, desarrollada, que se mueve bajo la influencia de diversos agentes sociales, políticos y económicos, esa “zona de interés” público ya no se ciñe únicamente a las actividades que pudieran clasificarse, formalmente, como “estatales”, “gubernamentales” u “oficiales”. Va mucho más lejos, tan lejos como lo reclame el interés público. No sólo los actos formales del Estado afectan la situación y las decisiones de los particulares: también otros agentes pueden influir poderosamente, y hasta decisivamente, en la vida de éstos. Por otra parte, no podemos ignorar otro delicado y

relevante aspecto de estos temas: las alteraciones que pudiera haber en la información y las acechanzas del poder --formal e informal-- que pudieran refugiarse tras la difusión de las noticias y la expresión del pensamiento.

25. También conviene destacar que no se afirma en momento alguno que el funcionario público pierde, por el hecho de serlo, el derecho que todas las personas tienen a la protección de su honor, buena fama, prestigio, vida personal e íntima. Sucede, sin embargo, que la vida del funcionario público --entendido el concepto en un sentido amplio-- no tiene los claros linderos, si los hay, de la vida de un ciudadano particular. No siempre será fácil distinguir entre los actos privados y los actos públicos, o mejor todavía, entre los actos personales sin trascendencia, relevancia o interés públicos, y los actos personales que sí los tengan. La dificultad en establecer el deslinde no significa, lo subrayo, que no exista una zona estrictamente privada, legítimamente sustraída a la observación pública.

26. Al analizar este punto, que ha sido materia de constante examen y debate, no es posible ignorar que el funcionario público puede utilizar la autoridad o la influencia que posee, precisamente por aquella condición, para servir intereses privados, suyos o ajenos, de manera más o menos oculta o evidente. Este servicio a intereses privados, si lo hay, no debe quedar al margen del escrutinio colectivo democrático. De lo contrario, sería fácil tender fronteras artificiosas entre “lo público y lo privado”, para sustraer a ese escrutinio democrático situaciones o actos privados que se abastecen de la condición del individuo como funcionario público. Por ende, el “umbral de protección” de quien ha aceptado servir a la república, en sentido lato, es más bajo que el de quien no se encuentra en esa situación (como lo es, por diversos motivos, el de quienes libremente han querido colocarse, y así lo han hecho, en una posición de visibilidad que permite un amplio acceso público). De nuevo subrayo: el umbral existe, desde luego, pero es diferente del que ampara al ciudadano que no ha asumido la condición y la responsabilidad de quien tiene un cargo público y que por eso mismo tiene determinados deberes --éticos, pero también jurídicos-- frente a la sociedad a la que sirve o al Estado que gestiona los intereses de la sociedad.

27. Dicho de otro modo, la república se halla atenta, con pleno derecho, a la forma en que sus funcionarios la representan, atienden sus intereses, desempeñan las tareas inherentes a los cargos conferidos, ejercen la autoridad, la influencia o las ventajas que

esa representación o esos cargos significan. La confianza que la sociedad otorga -- directamente o a través de las designaciones que hacen determinados órganos del Estado-- no constituye un “cheque en blanco”. Se apoya y renueva en la rendición de cuentas. Esta no constituye un acto solemne y periódico, sino una práctica constante, a través de informaciones, razonamientos, comprobaciones. Obviamente, el ejercicio del escrutinio por medio de la información que se ofrece al público no queda al margen de cualquier responsabilidad: nadie se halla, hoy día, *legibus solutus*. La democracia no significa un mero traslado del capricho de unas manos a otras, que quedarían, finalmente, totalmente desatadas. Pero ya me referí a la posible exigencia de responsabilidades y a la vía para hacerlo.

5. Recurso ante un juez o tribunal superior

28. Hay otras cuestiones recogidas en la *Sentencia* dictada en el *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, que deseo examinar en este *Voto*. Una de ellas es la referente al recurso intentado para combatir la resolución judicial dictada en contra de la víctima. La Convención Americana dispone, en materia de garantías judiciales, que el inculpado de delito tendrá derecho a “recurrir del fallo ante juez o tribunal superior” (artículo 2.h). Esta garantía concurre a integrar el debido proceso legal, extendido por la Corte a todos los supuestos de enjuiciamiento, no sólo a los de carácter penal, y que en mi concepto puede proyectarse también al sistema de protección judicial previsto en el artículo 25 del Pacto de San José, si se entiende que este recurso, con entidad propia que le distingue del procedimiento al que se refiere el artículo 8, debe ajustarse igualmente al régimen del debido proceso legal, con lo que esto implica.

29. En el orden del enjuiciamiento es bien conocido el sistema de doble instancia, con mayor o menor amplitud de conocimiento en el caso de la segunda, enderezada a reexaminar la materia que nutrió la primera y a confirmar, modificar o revocar, con apoyo en ese reexamen, la sentencia en la que ésta culminó. También existe la posibilidad de someter a control la resolución definitiva, esto es, la dictada en la segunda instancia -- exista o no plazo legal para intentar el control--, a través de un medio impugnativo que permite examinar la conformidad de ese pronunciamiento con la ley que debió aplicarse, en el doble supuesto del *error in iudicando* y el *error in procedendo*. Otra cosa es el proceso extraordinario en materia penal --o, si se prefiere, recurso extraordinario-- que

autoriza, en contadas hipótesis, la reconsideración y eventual anulación de la sentencia condenatoria que se ejecuta actualmente: comprobación de que vive el sujeto por cuyo supuesto homicidio se condenó al actor, declaratoria de falsedad del instrumento público que constituye la única prueba en la que se fundó la sentencia adversa, condena en contra de dos sujetos en procesos separados cuando resulta imposible que ambos hubiesen cometido el delito, etcétera. Evidentemente, este remedio excepcional no forma parte de los recursos ordinarios para combatir la sentencia penal definitiva. Tampoco forma parte de ellos la impugnación de la constitucionalidad de una ley.

30. En este punto debemos preguntarnos qué es lo que pudiera exigirse del recurso mencionado en el artículo 8.2 h) de la Convención, dentro del criterio de máxima protección de los derechos del individuo y, por lo tanto, conforme al principio de inocencia que le sigue acompañando mientras no se dicta sentencia firme, y del derecho de acceder a la justicia formal y material, que reclama la emisión de una sentencia “justa” (inclusive condenatoria, aunque con un contenido punitivo diferente del que pareció adecuado en primer término). ¿Se trata de una revisión limitada, que pudiera dejar fuera aspectos verdaderamente relevantes para establecer la responsabilidad penal del sujeto? ¿Basta con una revisión limitada, que aborde algunos aspectos de la sentencia adversa, dejando otros, necesariamente, en una zona inabordable y por lo mismo oscura, no obstante la posibilidad de que en éstos se hallen los motivos y las razones para acreditar la inocencia del inculgado?

31. La formulación de la pregunta en aquellos términos trae consigo, naturalmente, la respuesta. Se trata de proteger los derechos humanos del individuo, y entre ellos el derecho a no ser condenado si no se establece suficientemente la realización del hecho punible y la responsabilidad penal del sujeto, y no sólo de cuidar, en determinados extremos, la pulcritud del proceso o de la sentencia. Por lo tanto, ese recurso ante juez o tribunal superior --que sería superior en grado, dentro del orden competencial de los tribunales-- debe ser uno que efectivamente permita al superior entrar en el fondo de la controversia, examinar los hechos aducidos, las defensas propuestas, las pruebas recibidas, la valoración de éstas, las normas invocadas y la aplicación de ellas, inclusive en aspectos tales como la individualización de la pena o medida (que abarca la sustitución pertinente), como resulte justo en consideración de la gravedad del hecho, el bien jurídico afectado, la culpabilidad

del agente y los otros datos que concurren al ejercicio de la individualización (atenuantes y agravantes o elementos de referencia que guían el razonado arbitrio judicial).

32. Es evidente que esas necesidades no se satisfacen con un recurso de “espectro” reducido, y mucho menos --obviamente-- cuando se prescinde totalmente de cualquier recurso, como algunas legislaciones prevén en el caso de delitos considerados de poca entidad, que dan lugar a procesos abreviados. Para la plena satisfacción de estos requerimientos, con inclusión de los beneficios de la defensa material del inculpado, que traiga consecuencias de mayor justicia por encima de restricciones técnicas que no son el mejor medio para alcanzarla, sería pertinente acoger y extender el sistema de suplencia de los agravios a cargo del tribunal de alzada. Los errores y las deficiencias de una defensa incompetente serían sorteados por el tribunal, en bien de la justicia.

33. Con respecto a la sentencia dictada en el *Caso Castillo Petruzzi*, un Juez de la Corte produjo un *Voto concurrente razonado* en el que se refirió a este asunto, *inter alia*, aunque lo hiciera a propósito de la inobservancia del recurso en la hipótesis de un juicio militar: “no se respetó el derecho de las víctimas a una segunda instancia (porque los organismos que intervinieron en la revisión de la sentencia) no se desempeñaron como tribunales que reexaminaran la totalidad de los hechos de la causa, ponderaran el valor del acervo probatorio recaudaran las pruebas adicionales que fueran menester, produjeran, de nuevo, una calificación jurídica de los hechos en cuestión a la luz de las normas penales internas y fundamentaran argumentativamente es calificación” (*Voto concurrente del Juez Carlos Vicente de Roux Rengifo, correspondientes a la Sentencia del Caso Castillo Petruzzi y otros, del 30 de mayo de 1999*).

34. En el presente caso se hizo uso del recurso de casación, único que contiene el sistema procesal del Estado, por cuanto fue suprimido el recurso de apelación, con el que se integra la segunda instancia. De ninguna manera pretende la Corte desconocer el papel que ha cumplido, en una extensa tradición procesal, y la eficacia que ha tenido y tiene el recurso de casación --no obstante tratarse, generalmente, de un medio impugnativo excesivamente complejo y no siempre accesible a la generalidad de los justiciables--, sino ha tomado en cuenta el ámbito de las cuestiones que, conforme al Derecho positivo, se hallan abarcadas por un régimen concreto de casación y están sujetas, por lo mismo, a la competencia material del tribunal superior. En la especie, la casación no posee el alcance

que he descrito *supra*, sub 30, y al que se refirió la *Sentencia* de la Corte Interamericana para establecer el alcance del artículo 8.2 h) del Pacto de San José. Es posible que en otras construcciones nacionales el recurso de casación --que también presenta diferentes desarrollos-- abarque puntos que regularmente corresponden a una apelación, además de la revisión de legalidad inherente a aquél.

35. Desde luego, estoy consciente de que esto suscita problemas importantes. Existe una fuerte y acreditada tendencia, que se acoge, por ejemplo, en el excelente Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, compuesto por un selecto grupo de juristas, que opta por prescindir de la doble instancia tradicional y dejar subsistente sólo la casación, como medio de control superior de la sentencia. Esta opción se sustenta, entre otros argumentos, en el alto costo de la doble instancia y en la necesidad de preservar el principio de inmediación procesal, que no siempre impera en la apelación, bajo sus términos acostumbrados. Para retener los bienes que se asignan a la doble instancia seguida ante un juzgador monocrático, primero, y otro colegiado, después, cuyos integrantes pueden significar, colectivamente, una garantía adicional de sentencia justa, aquella opción contempla la integración plural del órgano de única instancia.

6. Exenciones fiscales

36. En la *Sentencia* a la que concuro con este *Voto* hay todavía dos cuestiones que me propongo mencionar, aunque no tengan la relevancia de las anteriormente señaladas. Una de ellas tiene que ver con la determinación de que ninguno de los rubros concernientes al pago de reparaciones pecuniarias, costas y gastos puede ser objeto de impuesto o tasa actualmente existente o que pudiera decretarse en el futuro. Comprendo y comparto el sentido material de la determinación, y por ello he votado a favor de esta cláusula: se quiere evitar que el monto de la indemnización se vea reducido a través de disposiciones fiscales que pudieran privar de significado a estas reparaciones materiales y dejar a la intemperie los derechos de la víctima.

37. Sin embargo, en otras ocasiones he observado --e insisto ahora-- que ese mismo designio puede alcanzarse por una vía menos controvertible. La solución acostumbrada en las resoluciones de la Corte supone una alteración en el sistema fiscal del Estado: exención fiscal que pudiera resultar complicada e inconveniente. Esto mismo se puede lograr por

otro medio, como es disponer que las cantidades que se acuerdan a favor de la tengan carácter “líquido” o “neto”, y que por lo mismo se cubran en el monto dispuesto por la Corte, sin perjuicio de que el Estado llegue a este resultado por la vía del subsidio o del incremento en la previsión económica del pago, a fin de que, una vez aplicados los descuentos fiscales que prevé la legislación tributaria con carácter general, la suma debida y pagada sea exactamente aquella que previno la *Sentencia*.

7. Gastos y honorarios de asistentes jurídicos

38. En este caso, la Corte ha resuelto, por primera vez, que las sumas correspondientes a los gastos y honorarios relativos a terceras personas que asistieron jurídicamente a la víctima, sean entregados a ésta, para que sea ella, y no la Corte, quien haga la distribución que considere pertinente y satisfaga las obligaciones que, en su caso, hubiese contraído, o se conduzca como la equidad aconseje. A partir de la *Sentencia de Reparaciones del Caso Garrido Baigorria*, del 27 de agosto de 1998, la Corte emprendió ciertas definiciones sobre los pagos debidos a quienes brindan esa asistencia, que ciertamente reviste la mayor importancia. Difícilmente se podría desempeñar la tutela internacional de los derechos humanos si no se contara con la frecuente y eficiente concurrencia de profesionales que sustentan, tanto en el orden interno como en el internacional, los derechos de la víctima. Aquéllos constituyen una pieza importante --y a menudo decisiva-- para el conjunto de actividades destinadas a favorecer el acceso a la justicia.

39. Para ponderar las costas y gastos sobre los que verse la sentencia, de los que forma parte el rubro al que ahora me refiero, la Corte Interamericana ha creído pertinente tomar en cuenta no sólo la comprobación de dichos gastos --que en muchos casos es prácticamente imposible, en la forma en que lo exigiría una contabilidad rigurosa--, sino también las circunstancias del caso concreto, las características del procedimiento respectivo y la naturaleza de la jurisdicción protectora de los derechos humanos, que se diferencia notablemente de la que pudiera corresponder, por ejemplo, a asuntos estrictamente económicos. Por lo que toca al desempeño de los asistentes jurídicos, la Corte desestimó entonces la posibilidad de tomar en cuenta, a la hora de fijar costas y gastos, cierta proporción de la indemnización obtenida. Optó por aludir a otros elementos: “aporte de pruebas que tiendan a demostrar los hechos expuestos en la demanda, el

conocimiento acabado de la jurisprudencia internacional y, en general, todo aquello que permita evaluar la calidad y pertinencia del trabajo efectuado” (párr. 83).

40. La Corte Interamericana ha considerado, en fin de cuentas, que debe reconocer la necesidad en que se encuentra la víctima de reconocer la asistencia que ha recibido y los gastos que para ello se han efectuado, pero no le corresponde ponderar el desempeño de los asistentes jurídicos y ordenar en forma directa el pago correspondiente. Esto concierne, más bien, a quien requirió su apoyo y estuvo en todo tiempo al tanto de sus trabajos y sus progresos. El Tribunal tampoco dispone la entrega directa de honorarios a médicos que asistieron a la víctima, ni ordena el pago de otras contraprestaciones a determinadas personas. Es la víctima, en la aplicación de la cantidad que recibe, quien puede apreciar lo que sea debido o equitativo. La relación de servicio se estableció entre aquella y sus asistentes, de manera libre y directa, y el Tribunal no tiene por qué intervenir en ella, calificándola e individualizando, cuantitativamente, sus consecuencias. Ahora bien, lo que debe hacer el Tribunal --como lo ha hecho en este caso, con arreglo al principio de equidad-- es prever la existencia de la contraprestación que aquí se menciona, tomarla en cuenta a la hora de resolver sobre la indemnización y dejar a la víctima que adopte las decisiones y haga las precisiones que le competen.

Sergio García Ramírez
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario