

LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO DE LA VIDA PRIVADA Y EL DERECHO A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

*The relationship between the right to private life and the right of
freedom of expression in the jurisprudence of the Inter-American
Court of Human Rights*

Claudio Nash Rojas¹

Profesor de la Facultad de Derecho,
Universidad de Chile
cnash@derecho.uchile.cl

RESUMEN: Este artículo trata el tema de la relación del derecho a la vida privada y la libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El objetivo es plantear algunos de los problemas que surgen de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver conflictos entre libertad de expresión y honra. En particular, se aborda la forma de solución de conflictos entre derechos expresados como principios, la exigibilidad de un mayor umbral de tolerancia a la crítica por parte de funcionarios públicos y la legitimidad de la acción penal como instrumento para garantizar el derecho a la honra.

PALABRAS CLAVE: Libertad de expresión, derecho a la honra, acción penal, Corte Interamericana.

ABSTRACT: The present article deals with the relationship between the right to private life and freedom of expression in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. The objective is to present some of the problems that emerge from the Court's jurisprudence when resolving conflicts between freedom of expression and honor. In particular, the article looks at the way conflicts are resolved between

¹ Doctor en Derecho (Universidad de Chile), académico de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile y Director del Programa "Estado de Derecho y Derechos Humanos", Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Artículo presentado el 12 de mayo de 2008 y aprobado el 4 de junio de 2008.

rights expressed as principles, the demand of a higher threshold of tolerance of criticism by civil servants and the legitimacy of criminal action as an instrument to guarantee the right to honor.

KEY WORDS: Right to private life, jurisprudence of the Inter-American Court.

INTRODUCCION

Se me ha pedido por los organizadores de este Seminario tratar el tema de la relación del derecho a la vida privada y la libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los objetivos de esta ponencia serán: plantear algunos problemas que surgen de la forma en la cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte” o “Corte interamericana”) está abordando esta relación entre dos derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “CADH”): libertad de expresión y honra; y complejizar la forma en la cual debe ser resuelto dicho conflicto.

Como parte central de este trabajo formularé algunas consideraciones generales sobre la libertad de expresión y las responsabilidades ulteriores. Me centraré en el conflicto entre dos derechos: libertad de expresión y honra. Luego, analizaré, en particular, dos aspectos que me parecen interesantes. El primero de ellos, ha sido desarrollado ampliamente por la Corte Interamericana, y es el mayor umbral de tolerancia a la crítica por parte de un funcionario público. El segundo aspecto a desarrollar, ha sido menos tratado y que abre algunas interrogantes a futuro, se trata de las objeciones a la respuesta penal como una forma de responsabilidad ulterior en tanto conlleva un efecto silenciador.

1. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DERECHO A LA HONRA

Respecto del derecho a la libertad de pensamiento y expresión, contemplado en el **art. 13** de la CADH,² la Corte Interamericana ha desarrollado una sólida y uniforme

² Artículo 13: “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

jurisprudencia.³ Sobre el contenido del derecho la Corte ha destacado que “quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”.⁴ De esta forma, la Corte ha distinguido una dimensión individual y una social. La dimensión individual comprende el derecho a hablar o escribir, así como el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios; cualquier restricción al derecho a divulgar opiniones, implica un límite al derecho a expresarse libremente.⁵ La dimensión social, por su parte, comprende su derecho a tratar de comunicar a otras personas los puntos de vista personales, pero implica también el derecho de todos a conocer opiniones, relatos y noticias. En este sentido, según la Corte, para los ciudadanos es igualmente importante difundir las propias ideas, como conocer las ideas e informaciones de otros.⁶ A juicio de este organismo “ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención”.⁷

En cuanto a la relevancia de la libertad de pensamiento y expresión en una sociedad democrática, la Corte ha señalado, en concordancia con la jurisprudencia comparada, que

“[S]in una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los

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”.

³ Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina* (2008) [N. del A.: este fallo fue dictado con posterioridad a la charla que motiva este trabajo, pero por su trascendencia se incorpora en el presente análisis]; *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. (2006); *Caso Palamara vs. Chile* (2005); *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay* (2004); *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (2004); *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros)* (2001); *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)* (1985).

⁴ Corte IDH, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay* (2004), párr. 77. En el mismo sentido, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (2004), párr. 108; *Caso “La Última Tentación de Cristo”* (2001), párr. 64; *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (1985), párr. 30.

⁵ Corte IDH, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay* (2004), párr. 78; *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (2004), párr. 109; *Caso “La Última Tentación de Cristo”* (2001), párr. 65.

⁶ Corte IDH, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay* (2004), párr. 79; *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (2004), párr. 110; *Caso “La Última Tentación de Cristo”* (2001), párr. 66.

⁷ Corte IDH, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay* (2004), párr. 80; *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (2004), párr. 111; *Caso “La Última Tentación de Cristo”* (2001), párr. 67.

mecanismos de control y denuncia ciudadana se comienzan a tornar inoperantes y, en definitiva, se crea el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad”.⁸

Esto es muy relevante para nuestro análisis, ya que la Corte pone el derecho a la libertad de expresión en una posición de preeminencia dentro del sistema de derechos y, resaltando la faceta colectiva del mismo, impone una especial condición para su restricción: acreditar un interés público imperativo.

Por otra parte nos encontramos con el **artículo 11 de la CADH**,⁹ en virtud del cual toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, de forma tal que este derecho implica un límite a la expresión, ataques o injerencias de los particulares y del Estado. Este es un derecho estructurado básicamente como un derecho de abstención por parte del Estado, que pretende resguardar un ámbito de privacidad a las personas para que éstas desarrollen su proyecto de vida personal sin interferencias. El punto que me interesa destacar es que se trata de un derecho con un contenido claramente individual, sin una faceta social tan fuerte como la libertad de expresión y con un vínculo menos evidente con la democracia.

Un conflicto entre la libertad de expresión y la honra es un conflicto entre dos derechos consagrados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por tanto, la cuestión relevante para los órganos de control, así como para los Estados, será resolver este conflicto acorde con las obligaciones internacionales del Estado, sin que la solución del conflicto pueda implicar la anulación de uno en beneficio de otro. No sería legítima en el sistema normativo consagrado por la Convención una solución que impusiera *per se* un derecho sobre otro o que los jerarquizara; la Convención debe ser interpretada como un cuerpo coherente donde todos los derechos tienen cabida en un mismo nivel jerárquico y de relevancia para sus titulares.¹⁰

2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN CONFLICTO CON EL DERECHO A LA HONRA

A continuación, desarrollaré algunos argumentos que me parece podrían ser de utilidad para enfrentar este conflicto. Me centraré en la cuestión de los hechos, el conflicto entre derechos y su solución a la luz del derecho internacional de los dere-

⁸ Corte IDH, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay* (2004), párr. 87; *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (2004), párr. 116.

⁹ Artículo 11: “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”.

¹⁰ En este sentido son claras las normas de interpretación de la Convención (art. 29) y del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 5).

chos humanos, para pasar luego a intentar dar argumentos que permitan solucionar los puntos más complejos de la discusión.

2.1. Énfasis en los hechos del caso concreto a resolver

Me parece que lo primero que debe hacer el órgano de control es poner énfasis en los hechos del caso: no debe haber una solución *in abstracto* sino que la respuesta debe estar referida a cada caso concreto.

2.2. Restricción legítima de derechos

Me interesa entrar en la cuestión de la restricción legítima del derecho a la libertad de expresión, ya que es en este contexto en que la Corte ha desarrollado su análisis. Si bien el derecho a la libertad de expresión ha sido considerado un derecho esencial para el sistema democrático, ello no implica que no pueda ser objeto de legítimas restricciones. La Corte señala que “el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto; este puede ser objeto de restricciones”,¹¹ una de las cuales puede ser la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Para que sea procedente esta restricción deben concurrir ciertos requisitos: 1) deben estar expresamente fijadas por la ley; 2) deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y 3) deben ser necesarias en una sociedad democrática”, ello con el objeto de que esta restricción no se transforme en un mecanismo directo o indirecto de censura previa.¹²

En la materia que nos ocupa no hay cuestión alguna sobre los dos primeros requisitos: la restricción debe estar contemplada en la ley (tanto formalmente, como materialmente, esto es, una ley dirigida al bien común) y el conflicto se da precisamente porque se persigue un objetivo legítimo: garantizar otro derecho en contradicción con la libertad de expresión. Por tanto, el punto de debate está en el tercer requisito: la necesidad en una sociedad democrática de este tipo de medidas de restricción.

Sobre la “necesidad”, la Corte ha establecido, en términos generales para cualquier restricción de derechos, que ésta “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”.¹³ En el caso específico de la libertad de expresión “la restricción debe ser proporcionada al interés que la

¹¹ Por todos, ver Corte IDH, *Caso Palamara vs. Chile* (2005), párr. 79.

¹² Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (2004), párr. 120.

¹³ Corte IDH, *Caso Palamara vs. Chile* (2005), párr. 85; *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay* (2004), párr. 96; *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (2004), párr. 121 y 123; *Opinión Consultiva La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (1985), párr. 46.

justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión”.¹⁴

En este análisis de proporcionalidad, surge la necesidad de ponderar los dos derechos en conflicto: la libertad de expresión y el derecho a la honra, ambos garantizados por el Pacto de San José. La Convención obliga a los Estados y a la propia Corte a interpretar ambos derechos conforme a su objetivo y fin: la efectiva protección de todos los derechos consagrados en dicho instrumento. De esta forma, la solución al conflicto deberá ser concordante con la obligación de garantía de los derechos consagrados convencionalmente y, por tanto, la Corte no podría diseñar una solución que sea contraria a las obligaciones generales de respeto, garantía y no discriminación consagrados en el art. 1.1 de la Convención.

Me parece que frente a este conflicto podría intentarse argumentar en una lógica de principios en contradicción. Dentro de las normas consagradas por la CADH existen principios, esto es, mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios pueden ser satisfechos en grados y también debe tenerse en consideración los principios opuestos.¹⁵ En un sistema normativo como el descrito es posible pensar que se produzcan conflictos entre normas de una misma naturaleza o jerarquía. Estaremos ante una antinomia o conflicto (contradicción normativa) cuando frente a una misma condición fáctica se imputan consecuencias incompatibles, esto es, se presentan diferentes orientaciones que no son posibles de ser observadas simultáneamente.¹⁶

La resolución de conflictos entre derechos expresados como principios se realiza a través de un procedimiento particular: el juicio de ponderación. ¿Qué se entiende por ponderación? La ponderación, consiste “en la actividad de sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas”.¹⁷

Al entrar en conflicto dos derechos consagrados convencionalmente (como ocurre con el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la honra) habrá que determinar, en cada caso concreto y no en abstracto, la intensidad de la afectación de un derecho a la luz de la importancia del derecho opuesto. Para ello es posible seguir el siguiente esquema: a) establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer derecho (libertad de expresión); b) determinar la importancia de la satisfacción del segundo derecho (derecho a la honra); y c) determinar si por su importancia la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción plena del primero (nivel de

¹⁴ Corte IDH, *Caso Palamara vs. Chile* (2005), párr. 85; *Opinión Consultiva La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (1985), párr. 46, citado en *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (2004), párr. 121.

¹⁵ Sobre los sistemas complejos de normas y sus alcances, ver ALEXI, 2002, pp. 81-115.

¹⁶ PRIETO, 1993, p. 175.

¹⁷ BERNAL, 2005, p. 97.

afectación legítimo de cada uno). La idea central involucrada en este procedimiento es que a mayor intensidad de la afectación, mayor tendrá que ser la justificación de la importancia del principio beneficiado.¹⁸

Será este ejercicio, aplicado a los hechos de cada caso concreto, el que nos entregue un resultado razonable sobre la mejor solución al conflicto, manteniendo la coherencia dentro del sistema de la Convención Americana.

Finalmente, debemos tener en cuenta que el juicio de ponderación establece un cierto orden de preferencia relativo al caso concreto, pero no implica un triunfo permanente y para todo caso de un principio sobre otro.¹⁹ Por tanto, no es posible sostener que siempre la libertad de expresión debe imponerse frente a la honra, independiente de los hechos del caso. Ésta será una cuestión a resolver en cada caso a la luz de los antecedentes involucrados.

En este sentido se ha pronunciado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Martorell*:²⁰

“65. La Convención Americana reconoce y protege el derecho a la privacidad, la honra y la dignidad en el artículo 11. Este artículo reconoce la importancia del honor y la dignidad individuales al establecer la obligación de respetar esos derechos; que estos derechos deben estar libres de interferencias arbitrarias o abusivas o ataques abusivos, y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales interferencias o ataques”.

Asimismo, la Comisión rechaza el punto de vista del Estado en orden a que existiría un orden jerárquico entre los derechos en los siguientes términos:

70. [...] la Comisión no puede aceptar el punto de vista del Gobierno de Chile en el sentido de que el derecho al honor tendría una jerarquía superior que la que tiene el derecho a la libertad de expresión.

Por tanto, la Comisión rechaza la idea de que aquí habría que escoger alguno de los principios que se encuentran en conflicto²¹ y señala que este conflicto debiera resolverse dentro de las restricciones legítimas a los derechos convencionales:

“74. Al reglamentar la protección de la honra y de la dignidad a que hace referencia el artículo 11 de la Convención Americana –y al aplicar las disposiciones pertinentes del derecho interno sobre esa materia– los Estados Parte tienen la obligación de respetar el derecho de libertad de expresión. La censura previa, cualquiera sea su forma, es contraria al régimen que garantiza el artículo 13 de la Convención”.

¹⁸ Un completo desarrollo de este punto ver, ALEXY, 2002, pp. 13-64.

¹⁹ PRIETO, 1993, p. 192.

²⁰ Comisión IDH, *Caso Martorell vs. Chile* (1996).

²¹ “La Comisión considera que la interpretación de los derechos contenidos en estos artículos no presenta, como sostiene el Gobierno de Chile, un conflicto de diferentes principios entre los que haya que escoger” (Comisión IDH, *Caso Martorell vs. Chile*, párr. 71).

Este mismo razonamiento debe exigirse siempre a los Estados y a los propios órganos de control: rechazar que se elija *ex ante* un derecho por sobre otro, incluso uno tanpreciado como el de libertad de expresión. Por ello, me parece que la Corte debe ser cuidadosa de no verse en el problema de que a partir de la fuerte construcción que ha hecho del derecho a la libertad de expresión se vea obligada a resolver *ex ante* cualquier conflicto que se produzca con este derecho. Creo que la interpretación correcta es hacer más estricto el análisis de ponderación y, por tanto, ser más exigente con la concurrencia de los requisitos de necesidad y adecuación de las medidas de restricción. Pero debemos convenir en diferenciar un ejercicio más estricto de ponderación a una resolución siempre, y en todo evento, a favor de la libertad de expresión.

3. ALGUNAS PARTICULARIDADES DEL CONFLICTO LIBERTAD DE EXPRESIÓN-HONRA

En el marco del conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la honra surgen algunas cuestiones específicas que merecen alguna atención: si la persona afectada en su honra fuera un funcionario público ¿se aplica un umbral de tolerancia a la crítica diferente? ¿es la respuesta penal legítima como una forma de responsabilidad ulterior en estos casos?

Son dos los argumentos centrales a la hora de analizar las particularidades que se presentan cuando se debe resolver un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la honra:

– En caso de una afectación del derecho a la honra de funcionario público, el umbral de tolerancia a la crítica en cuestiones de interés público debe ser mayor;

– La sanción penal no es una respuesta legítima para responder ante casos de afectación al derecho a la honra, toda vez que es una medida desproporcionada y que produce efectos perjudiciales al derecho a la libertad de expresión (efecto silenciador).

3.1. Sobre el mayor umbral de tolerancia

Un punto que ha preocupado especialmente a la jurisprudencia de la Corte y al tratamiento del tema por parte de la Comisión, es “**distinguir entre las restricciones que son aplicables cuando el objeto de la expresión se refiera a un particular y, por otro lado, cuando es una persona pública como, por ejemplo, un político**”.²² Para la Corte “[e]l control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública,

²² Corte IDH, *Caso Palamara vs. Chile* (2005), párs. 82-84 (destacado mío); *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (2004), párr. 125. En esta materia la Corte sigue los criterios establecidos por la Corte europea en Corte EDH, *Caso Dichand y otros vs. Austria*, (2002), párr. 39; *Caso Lingens vs. Austria*, (1986), párr. 42.

fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público”.²³ En este sentido, la Corte ha dicho que si bien los funcionarios públicos están expuestos a un mayor escrutinio público, esto en ningún caso implica “...**que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático.** Asimismo, la protección de la reputación de particulares que se encuentran inmiscuidos en actividades de interés público también se deberá realizar de conformidad con los principios del pluralismo democrático”.²⁴

Siguiendo los parámetros fijados por la Corte Europea,²⁵ la Corte Interamericana ha señalado que “tratándose de funcionarios públicos, de personas que ejercen funciones de una naturaleza pública y de políticos, se debe aplicar un umbral diferente de protección, el cual **no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada**” (destacado mío).²⁶ Este trato particular se basa en el hecho de que estas personas, “que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, en ese ámbito se ven sometidos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público”.²⁷ De esta forma, será la actividad la que determinará el escrutinio, razón por la cual incluso personas del ámbito privado que desarrollen actividades de interés público deberán estar sujetas a este mayor escrutinio.²⁸

Con base en estas consideraciones, para resolver los casos de conflicto, debe determinarse si la aplicación de responsabilidades penales ulteriores respecto de un supuesto ejercicio abusivo del derecho a la libertad de expresión, puede considerarse que cumple con el requisito de necesidad en una sociedad democrática.²⁹ A juicio de la Corte, en estos casos es necesario “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”.³⁰

²³ Corte IDH, *Caso Palamara vs. Chile* (2005), párr. 83; *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (2004), párr. 127; *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay* (2004), párr. 97.

²⁴ Corte IDH, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay* (2004), párr. 100 (destacado mío); *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (2004), párr. 128.

²⁵ Corte EDH, *Caso Dichand y otros vs. Austria*, (2002), párr. 39; *Caso Lingens vs. Austria*, (1986), párr. 42.

²⁶ Corte IDH, *Caso Palamara vs. Chile* (2005), párr. 84.

²⁷ Corte IDH, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay* (2004), párr. 103; *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (2004), párr. 129.

²⁸ Corte IDH, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay* (2004), párr. 103.

²⁹ *Ibidem*, párr. 104.

³⁰ *Ibidem*, párr. 105.

De esta forma, es claro que en el caso de los funcionarios públicos debe haber un umbral más alto de tolerancia respecto de las críticas en cuestiones de interés público. Incluso parece razonable que el umbral sea superior en casos en que se vierten opiniones respecto del funcionario y su desempeño.

Algo distinto ocurre en el caso de imputación de ilícitos o del descrédito público gratuito de la persona del funcionario. En este punto me parece que este umbral superior de tolerancia a la crítica no puede incluir ser acusado de participar en ilícitos de connotación pública en forma absolutamente temeraria. La crítica debe aceptarse, pero acusaciones sin base alguna y que enlodan el prestigio de cualquier persona involucrada en actividades públicas deben tener alguna respuesta efectiva por parte del Estado. En caso contrario, se estaría anulando completamente el goce de un derecho en beneficio de otro, lo que no parece compatible con el sistema de la Convención.³¹

El mayor umbral de tolerancia, tal como sostiene la Corte Interamericana –siguiendo en esto el razonamiento de la Corte Europea de Derechos Humanos–, tiene relación con el debate democrático, el intercambio de ideas, pero en nada aportan a este objetivo graves ofensas gratuitas. Al efecto la Corte ha señalado, por ejemplo, que los medios de comunicación que recogen las críticas de un candidato a la presidencia respecto de un contendor, no incurrir en responsabilidad en la medida que “[a] estaba ejercitando su derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en el marco de una contienda electoral, [b] en relación con una figura pública como es un candidato presidencial, [c] sobre asuntos de interés público, al cuestionar la capacidad e idoneidad de un candidato para asumir la Presidencia de la República”,³² y esto no hizo sino contribuir “a que el electorado cuente con mayor información y diferentes criterios previo a la toma de decisiones”.³³

De este modo, no cuentan con dicha protección especial (de un mayor umbral de tolerancia) denuncias que en nada apuntan a lograr un mejor sistema democrático. Por tanto, surge un nuevo elemento de análisis de tipo finalista: qué se busca con la crítica y qué se protege con el mayor umbral de tolerancia. Al contrario, es decir, no sancionar estas expresiones, sí contribuiría a lesionar un sistema democrático de convivencia basado en el respeto de los derechos humanos. Si aceptáramos como legítimas estas acciones, estaríamos eliminando todo goce del derecho a la honra, lo cual no es tolerable en el sistema de la Convención Americana.

En este sentido, una lucha frontal contra la corrupción es deseable, pero ésta debe enmarcarse en los límites de una sociedad democrática. La lucha contra la corrupción

³¹ “Por su parte, el artículo 11 de la Convención establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. Esto implica límites a las injerencias de los particulares y del Estado. Por ello, es legítimo que quien se considere afectado en su honor recurra a los medios judiciales que el Estado disponga para su protección”, Corte IDH, *Caso Caso Kimel vs. Argentina* (2008), párr. 55.

³² Corte IDH, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay* (2004), párr. 94.

³³ *Ídem*.

no puede confundirse con prácticas de denostación de las personas y de denuncias de mala fe. Una sociedad democrática debe ser clara en abrir espacios a la crítica y a la denuncia, pero no a prácticas de mala fe. Sin duda que la protección de los derechos humanos y el derecho a la honra como tal, implican un “interés público imperativo” frente a casos de extrema gravedad. Si se acredita que el objetivo del Estado en la aplicación de responsabilidades ulteriores no fue acallar la crítica, sino que proteger un derecho humano en forma eficaz (el derecho a la honra), dando alternativas para que el ofendido actuara en defensa de su honor, esto será legítimo. Siguiendo el razonamiento de la Corte, no constituiría un ilícito convencional una medida de restricción en ese contexto, salvo que dicha reacción sea desproporcionada o inconducente al objetivo planteado (protección del derecho a la honra del funcionario).

3.2. Sobre la respuesta penal y su efecto silenciador

Lo primero que hay que dejar claramente establecido es que la respuesta penal frente a afectaciones graves al derecho a la honra no está prohibida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La propia Comisión lo reconoce así, tal como se desprende del caso *Canese*, donde la Corte señala como parte de los alegatos de la Comisión el siguiente párrafo: “h) los tipos penales de calumnias, injurias y difamación tienden a proteger derechos garantizados por la Convención. El bien jurídico honor está consagrado en el artículo 11 de la Convención, por lo que no podría afirmarse que los tipos penales de calumnias e injurias vulneren la Convención”.

Esto lleva a un punto importante en el debate sobre las responsabilidades ulteriores: la validez de la postura que sostiene que la única medida legítima como responsabilidad ulterior sería la sanción civil. En este sentido se pronuncia la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a través del art. 10 de la **Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión**. Si bien esto no es un documento vinculante para los Estados, obviamente es un instrumento interesante de análisis. El principio referido señala:

“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”.

En este punto es importante hacer ver que la Declaración precitada se está refiriendo al caso de los medios de comunicación, esto es, la sanción penal no sería legítima contra los comunicadores, pero nada se dice de una presunta ilegitimidad en el caso de dirigirse contra la persona que formula dichas declaraciones. Este es un punto complejo, ya que la Comisión Interamericana tiende a expandir el efecto de este principio y lo inter-

preta como una prohibición –en todo caso– de utilizar la acción penal como respuesta ante afectaciones al honor de funcionarios públicos.³⁴ Por tanto, la cuestión queda reducida a la improcedencia de la acción penal para proteger la honra de funcionarios.

Hay alguna jurisprudencia interesante en el sistema europeo que puede servir en este caso. La Corte Europea no ha rechazado la vía penal, sino que la ha considerado una vía legítima incluso para la protección del honor de autoridades públicas. Lo importante es que esta jurisprudencia de la Corte Europea ha sido publicada por la propia Relatoría de la Libertad de Expresión de la Comisión.

– En el caso *Barfod c. Dinamarca*,³⁵ al determinar si la interferencia era proporcional y, por tanto, necesaria en una sociedad democrática, la Corte subrayó que “esa proporcionalidad implica que la consecución de los objetivos mencionados en el artículo 10(2) deba ponderarse contra el valor del debate abierto de temas de preocupación pública”. La Corte sostuvo que el legítimo interés del Estado en la protección de la reputación de los jueces no estaba en conflicto con el derecho del demandante a participar en el debate público acerca de la composición de los tribunales internos que dictaminaban en asuntos tributarios. En lugar de considerar el tema de la crítica personal del demandante a los jueces como parte del debate político, la Corte concluyó que las acusaciones eran difamatorias, capaces de afectar negativamente la imagen pública de los jueces, y no sustentada por prueba alguna. La Corte concluyó que el contexto político en que el caso impositivo se había planteado era irrelevante para el aspecto de la proporcionalidad. La Corte concluyó que no había habido violación alguna del artículo 10.

– En el caso *Castells c. España*,³⁶ la Corte decidió que se había cometido una violación del derecho a la libertad de expresión. Pero en su razonamiento la Corte subrayó que, como garantes del orden público, el Estado puede imponer medidas penales con el “propósito” de reaccionar adecuadamente y sin excesos ante acusaciones difamatorias carentes de fundamento o formuladas de mala fe.

– Finalmente, en el caso *Constantinescu c. Rumania*,³⁷ la Corte concluyó que no había habido una violación al derecho a la libertad de expresión porque la interferencia denunciada había sido proporcional con el objetivo legítimo de proteger la reputación de terceros. La Corte observó que los comentarios del demandante formaban parte de un debate en relación con asuntos importantes de interés público –la independencia de los sindicatos y el funcionamiento de la justicia–. Sin embargo, la Corte reconoció que existen límites a la libertad de expresión. En el caso en cuestión, la

³⁴ Al respecto la Comisión, en su Interpretación de la Declaración de Principios, ha señalado: “43. La Comisión Interamericana ha expresado que la penalización de las expresiones dirigidas a los funcionarios públicos o a particulares involucrados voluntariamente en cuestiones relevantes al interés público es una sanción desproporcionada con relación a la importancia que tiene la libertad de expresión e información dentro de un sistema democrático”.

³⁵ Corte EDH, *Caso de Barfod c. Dinamarca* (1989).

³⁶ Corte EDH, *Caso de Castells c. España* (1992).

³⁷ Corte EDH, *Caso de Constantinescu c. Rumania* (2000).

Corte consideró que el demandante tenía libertad para participar en un debate público criticando a los sujetos del artículo. La Corte consideró que el demandante no tenía que usar esos términos de fraude puesto que los sujetos del artículo no habían sido condenados por la justicia. Por tanto, concluyó que la interferencia era proporcional con el legítimo objetivo que se perseguía. Señaló, además, que la pena impuesta no había sido desproporcionada y, en última instancia, sostuvo que dado que las autoridades no excedieron el margen de apreciación que se les había acordado, no se había producido una violación del artículo 10.

Estos casos son decisivos en orden a legitimar la reacción penal en casos especialmente graves y donde la cuestión deberá estar centrada en la proporcionalidad de la reacción penal. Por ello es vital en cada caso que el Estado demuestre que la pena fue proporcional a su actuación; la pena no necesariamente tiene que ser privativa de libertad.

La Corte Interamericana no se había pronunciado sobre la materia directamente, pero sí lo había hecho en forma indirecta. En el caso *Herrera Ulloa*, se consideró la sanción desproporcionada (ocho años de cárcel) y, en ningún caso, incompatible *per se* con la Convención. Por su parte, en el caso *Canese* el tema era que la sanción iba dirigida contra el periodista que reproducía la información, lo que es distinto y tampoco en este caso hay un pronunciamiento contra la reacción penal. Quien ha sido más crítico respecto de la respuesta penal para proteger la honra es el juez Sergio García (ver su voto en *Herrera Ulloa*).

A partir de la sentencia del caso *Kimel vs. Argentina*, la Corte aclara su posición sobre este tema. La acción penal no puede estar excluida *per se*, es posible pensar que sea efectivamente la *ultima ratio* y que sea aplicada con proporcionalidad, incluso, no es necesario que implique privación de libertad, pero es una forma de protección de los derechos humanos que no debiera ser excluida siempre y a todo evento para la protección de derechos. Así señala la Corte Interamericana:

“Como quedó establecido en el párrafo 55 *supra*, los jueces, al igual que cualquier otra persona, están amparados por la protección que les brinda el artículo 11 convencional que consagra el derecho a la honra. Por otra parte, el artículo 13.2.a) de la Convención establece que la “reputación de los demás” puede ser motivo para fijar responsabilidades ulteriores en el ejercicio de la libertad de expresión. En consecuencia, la protección de la honra y reputación de toda persona es un fin legítimo acorde con la Convención. Asimismo, el instrumento penal es idóneo porque sirve el fin de salvaguardar, a través de la conminación de pena, el bien jurídico que se quiere proteger, es decir, podría estar en capacidad de contribuir a la realización de dicho objetivo. Sin embargo, la Corte advierte que esto no significa que, en la especie que se analiza, la vía penal sea necesaria y proporcional (...)”³⁸

³⁸ Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina* (2008), párr. 71. En este fallo, dictado con posterioridad a la charla que motivó la preparación de este trabajo, la Corte acoge plenamente la tesis propuesta en este artículo.

Por tanto, se legitima la vía penal y la discusión queda centrada en la necesidad y proporcionalidad en la aplicación de dicha medida. En efecto, si bien la Corte ha sido más crítica con la opción penal, ello no ha derivado en un cuestionamiento absoluto de la opción penal en casos de funcionarios públicos como sí lo ha hecho la Comisión.

Finalmente, un punto importante en la objeción a la acción penal como responsabilidad ulterior, es que ésta tendría un **efecto silenciador**. En esta materia también habría que ser cuidadosos y no resolver *ex ante*, ya que deberá analizarse en cada situación si efectivamente se ha producido este efecto silenciador y no sólo si ha existido una amenaza de que esto ocurra.

Las respuestas a estas cuestiones debieran ser objeto de una discusión abierta. No son temas simples de resolver y en cada caso debe concurrir un enorme esfuerzo de prudencia y tolerancia. No basta con la construcción de un derecho a la libertad de expresión fuerte, sino que es necesario leer dicho derecho a la luz de todo el sistema convencional y buscar soluciones a los conflictos que permitan mantener la coherencia del sistema y el pleno respeto por los derechos consagrados en el sistema interamericano de derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert (2002): *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- ALEXY, Robert (2002b): "Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, pp. 13-64.
- BERNAL, Carlos (2005): "La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales", en *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 93-111.
- PRIETO SANCHIS, Luis (1993): "El juicio de ponderación", en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, pp. 175-216.

Jurisprudencia

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- Comisión IDH, Informe N° 11/96. Caso 11.230 (*Caso Martorell*), Chile, 3 de mayo de 1996.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C N° 177.
- *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C N° 151.
- Corte IDH, *Caso Palamara vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005.
- Corte IDH, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004.

- Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia de 02 de julio de 2004.
- Corte IDH, *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros)*. Sentencia de 5 de febrero de 2001.
- Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

- Corte EDH, *Caso de Barfod c. Dinamarca*, Sentencia de 22 de febrero de 1989.
- Corte EDH, *Caso de Castells c. España*, Sentencia de 23 de abril de 1992.
- Corte EDH, *Caso de Constantinescu c. Rumania*, Sentencia de 27 de junio de 2000.
- Corte EDH, *Caso Dichand y otros vs. Austria*, Sentencia de 26 febrero de 2002.
- Corte IDH, *Caso Lingens vs. Austria*, Sentencia de 8 Julio de 1986.