



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
ANDRÉS BELLO**

**CENTRO DE DERECHOS
HUMANOS**



El delito de vilipendio y la libertad de expresión en una sociedad democrática

YUBI CAROLINA CISNEROS MUSSA

Universidad Católica Andrés Bello.
Centro de Derechos Humanos
Edificio de Postgrado, PB. Urb. Montalbán, La Vega.
Teléfonos: 407 4434 y 407 4526
Correo electrónico: cddhh@ucab.edu.ve
Página web: www.ucab.edu.ve/investigacion/cddhh

Con el patrocinio del John Merck Fund

Presentación

La defensa de la libertad de expresión e información tiene una serie de retos en las sociedades democráticas. Una apuesta que ha cobrado fuerza en los últimos años en diversos países de América Latina, ha sido la derogación de las normativas que castigan con prisión los llamados delitos de opinión, especialmente cuando se trata de casos que rodean a figuras que ejercen cargos públicos, pues precisamente son éstas personas las que deben estar sometidas a una mayor vigilancia ciudadana. De eso trata este estudio, cuya publicación en formato electrónico por parte del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello, se inscribe en la línea de trabajo sobre el derecho a la libertad de expresión e información, la cual ha contado con el patrocinio del John Merck Fund.

Meses atrás, cuando comenzamos a discutir con la autora la posibilidad de hacer la presente edición, la realidad venezolana vino a demostrarnos la necesidad de profundizar en el debate con una obra como ésta. En julio de 2003 el Tribunal Supremo de Justicia dio a conocer la sentencia 1942, cuyo contenido va claramente en contracorriente con las recomendaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en esta materia. Por tal razón, como complemento al completo estudio originalmente previsto, se vio la necesidad de colocar un documento anexo en torno a esta sentencia y sus implicaciones en Venezuela.

La publicación de este estudio creemos que puede contribuir con un debate, más allá del mundo académico y jurídico (en los cuales evidentemente es imprescindible analizar esta temática), y se une a otras publicaciones que en formato electrónico se encuentran en la página web de nuestro centro en la línea del derecho a la libertad de expresión e información.

Andrés Cañizález
Investigador asociado
CDH-UCAB

*A mis padres **Esmirna** y **Jorge Alberto**,
por su amor infinito y
el respeto a mis ideas y convicciones;
a ellos debo todo lo que soy*

*Al Dr. **Carlos Correa Barros**,
amigo mío y devoto de la libertad
compañero de las más arduas faenas
incansable luchador*

Dedicatoria

*Al Dr. **Héctor Faúndez Ledesma**,
Profesor de Derecho, mi maestro y guía
caballero, señor, hombre digno
amigo sencillo, amable y siempre crítico
a quien debo mi fervor
por la libertad y la excelencia en estas lides*

*paciente y especialmente dedicado
péndulo cuya melodía me lleva
del vértigo a la esperanza hecha realidad*

*sus ojos siempre pendientes de cada palabra
y de cada gesto intuido en las líneas de este trabajo*

Índice

| | |
|--|----|
| Prólogo | 5 |
| Introducción | 10 |
| Capítulo I. El delito de vilipendio | |
| Concepto | 11 |
| Antecedentes históricos..... | 15 |
| Su reconocimiento en el Derecho Comparado..... | 20 |
| Capítulo II. El vilipendio y su relación con la libertad de expresión | |
| El fundamento de la libertad de expresión | 42 |
| La crítica política como elemento esencial de la libertad de expresión en una sociedad democrática | 49 |
| Capítulo III. La compatibilidad de la figura del vilipendio con la libertad de expresión | |
| La doctrina | 53 |
| La jurisprudencia de los tribunales nacionales | 62 |
| La jurisprudencia de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos | 67 |
| La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos..... | 73 |
| La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos..... | 76 |
| Conclusión..... | 79 |
| Bibliografía | 80 |
| Anexo. La libertad de expresión y el delito de vilipendio en la sentencia 1942 del TSJ.... | |
| | 86 |

Prólogo

❖ Héctor Faúndez Ledesma

Cuando la autora de este libro me pidió que escribiera algunas líneas, a título de prólogo, accedí con mucho placer, no sólo porque prologar una obra del espíritu es un privilegio y un honor, sino por la actualidad y pertinencia del tema que ella aborda, y por la profundidad con que lo hace. Como será fácil de comprender, la circunstancia de que Yubi Cisneros haya sido mi alumna en el postgrado de Derechos Humanos de la Universidad Central de Venezuela, y que éste haya sido su trabajo de grado para obtener el título de especialista, en el que me correspondió actuar como tutor, me produce el legítimo orgullo de haber sido elegido para esta tarea.

Uno de los grandes temas de nuestro tiempo es el papel que le corresponde a la libertad de expresión en una sociedad democrática. Históricamente, ésta puede caracterizarse, en palabras de Benjamin Constant, como una libertad de los modernos; porque, independientemente de sus antecedentes históricos, se trata de una libertad propia de la modernidad y del siglo de la ilustración. Sin embargo, es también una libertad inacabada, en cuanto aún no ha logrado consolidarse plenamente.

El ejercicio de la libertad de expresión suele generar tensiones y conflictos entre las autoridades del Estado, que desean evitar la crítica a sus actos oficiales, y los ciudadanos, siempre dispuestos a afirmar su derecho a controlar la actividad de quienes nos gobiernan y administran los bienes pú-

blicos. En una sociedad democrática, ese conflicto se resuelve a favor de la crítica política y del derecho a participar en un debate franco y abierto sobre los asuntos públicos. Por el contrario, en una sociedad marcada por el autoritarismo, ese conflicto se resuelve a favor de las autoridades del Estado, excluyendo del ámbito de expresión protegida los asuntos de interés público, y sancionando –incluso con la privación de la libertad– a quienes se atrevan a criticar la conducta de las autoridades, o las medidas adoptadas por ella. En este sentido, en una proclama del rey Jaime I de Inglaterra, del 24 de diciembre de 1620, se hace referencia a *‘las excesivamente profusas y licenciosas expresiones en asuntos de Estado’*, y a la aún más curiosa circunstancia de que, en opinión del citado monarca, la libertad de expresión no se extendía a los asuntos de Estado, que a su juicio no eran *‘un tema apropiado para personas vulgares.’*¹

Ciertamente, en cualquier sociedad democrática, la crítica política es un asunto de la mayor trascendencia pública, que confiere a la libertad de expresión una posición preferente frente a otros derechos. No debe olvidarse que ésta es una garantía del individuo frente al Estado, y no a la inversa; porque, mientras el Estado no necesita protegerse de los ciudadanos, estos últimos deben contar con mecanismos que les permitan juzgar y evaluar el ejercicio del poder. Sin embargo, es precisamente la crítica política la que, con mayor frecuen-

1 Cfr. Leonard W. Levy, *Emergence of a Free Press* (Revised and enlarged edition of *Legacy of Suppression: Freedom of Speech and Press in Early American History*), Oxford University Press, New York / Oxford, 1985, p. 4.

cia, genera reacciones contrarias por parte de las autoridades del Estado, confiriendo un nivel más elevado a la reputación de las personas y relegando la libertad de expresión a un segundo plano. En Inglaterra, la ley del libelo sedicioso formó parte de ese esfuerzo sistemático por coartar la libertad de expresión; así, mientras los estatutos medievales señalaban que la esencia del delito de difamación sediciosa radicaba en la falsedad de lo que se afirmaba, en 1606 la Cámara Estrellada decidió que la verdad o falsedad de lo afirmado no era relevante, pues si lo aseverado era verdadero, el daño a la reputación del gobierno, o de sus funcionarios, era todavía más peligroso para la paz pública.

Una de las más tempranas manifestaciones de ese afán por brindar mayor protección a la reputación de las personas que al debate político se reflejó en la Ley de Sedición aprobada en Estados Unidos el 14 de julio de 1798, por iniciativa del Presidente Adams, cuando ese país se encontraba al borde de la guerra con Francia; el contenido de la misma fue duramente criticado, precisamente por interferir con el debate político. Según la mencionada ley, se sancionaba como delito "cualquier publicación falsa, escandalosa o maliciosa... en contra del gobierno de los Estados Unidos, o de cualquiera Cámara del Congreso... o del Presidente... con intención de difamarlos... o de exponerlos al desprecio o al descrédito..." Entre las víctimas de esta ley se encontró un miembro de la Cámara de Representantes por el Estado de Vermont, Matthew Lyon, quien fue sentenciado a cuatro meses de prisión y 1.000 dólares de multa por haber criticado al Presidente Adams, caracterizándolo como un hombre que se aferraba continuamente al poder, que tenía una ilimitada sed por la

pompa ridícula y la adulación disparatada, y por condenar la política de su gobierno hacia Francia. Con el triunfo de Jefferson como Presidente, una vez que éste asumió su cargo en 1800, dos años después de haber sido promulgada, dicha ley fue derogada y repudiada.

Sin duda, el desarrollo de las ideas democráticas le ha atribuido a la libertad de expresión un papel instrumental, que le confiere un carácter preferente frente a otros derechos. En la medida en que la necesidad de proteger la reputación de las personas tiene que ser puesta en la balanza con la libertad de expresión, es evidente que la primera no puede prevalecer sobre la segunda en toda circunstancia, y que hay ocasiones en que, por el contrario, lo que debe prevalecer es la libertad de expresión. Según el Tribunal Constitucional español, los asuntos de relevancia pública o interés general se caracterizan por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen.² Por consiguiente, ni la rectitud u honestidad de aquellos a quienes se les ha encomendado la administración de los negocios públicos, ni la protección de la reputación de las personas, se pueden utilizar como un escudo para impedir o coartar el debate político.

La Corte Europea ha sugerido que incluso un mensaje injurioso puede estar justificado si es en respuesta a una provocación en relación con asuntos de interés público. En efecto, en el caso **Oberschlick v. Austria**³, la Corte indicó que, al sugerir que sólo aquellos que habían arriesgado sus vidas en la Segunda Guerra Mundial tenían derecho a disfrutar de la libertad de expresión, el señor Haider claramente había intentado provocar una fuerte reacción; de manera que, a juicio del tribunal, el artículo de prensa publicado por el peti-

2 Cfr. SSTC 107/88, 171/90, 172/90.

cionario, llamándolo *'idiota'*, ciertamente podía considerarse polémico, pero no constituía un ataque personal gratuito, debiendo considerarse que su autor ofreció una comprensible explicación, teniendo en cuenta el discurso del señor Haider, que en sí mismo había sido una provocación. Según la Corte Europea, aunque es cierto que llamar *'idiota'*, públicamente, a un dirigente político, puede ser ofensivo, en el presente caso, esa expresión no parecía ser desproporcionada, teniendo en cuenta la indignación que había provocado el discurso del señor Haider.³

En ese trato preferente que se le ha conferido a la libertad de expresión cuando ella está referida a asuntos de trascendencia pública, incluso frente a expresiones difamatorias, la evolución experimentada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos es digna de especial mención. Inicialmente, la Corte Suprema de los Estados Unidos observó que la administración del Estado había llegado a ser muy compleja, que las oportunidades para desaguados y actos de corrupción se habían multiplicado, que el crimen había crecido en proporciones preocupantes, y que el peligro de encontrarse desprotegidos por la conducta de los agentes del Estado y de ver comprometida la seguridad de la vida y de la propiedad como resultado de las alianzas criminales y la negligencia oficial, enfatizaban la necesidad primordial de una prensa vigilante y valiente. El hecho de que la libertad de prensa pudiera ser objeto de abusos por malévolos proveedores de escándalos, no hacía menos necesaria la inmunidad de la prensa frente a la censura previa en lo que se refería a la conducta oficial; en estas circuns-

tancias, según la Corte Suprema de los Estados Unidos, un remedio compatible con el privilegio constitucional de la prohibición de la censura previa sería el castigo posterior de tales abusos.⁴ Mientras en una primera etapa se estimó que las expresiones difamatorias no estaban protegidas por la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, y que ellas constituían una excepción a la libertad de expresión amparada por ésta,⁵ en una segunda etapa -cuyo inicio lo marcó la decisión en el caso **New York Times Co. v. Sullivan**-, ese mismo alto tribunal adoptó un criterio mucho más estricto para ponderar los procesos por difamación en cuanto restricciones legítimas a la libertad de expresión, exigiendo un examen más rígido en el caso de las figuras públicas, y señalando que ni el error de hecho ni el contenido difamatorio de una expresión son suficientes para privar de protección constitucional a las críticas que se formulan a la conducta de los funcionarios públicos.⁶ Ese ciclo parece haberse cerrado con la decisión de la Corte en el caso **Ocala Star-Banner Co. v. Damron**, que confiere a la negligencia periodística un mayor grado de protección, no obstante el mayor daño que, aparentemente, se pueda haber causado a la víctima.⁷

En el caso **New York Times Co. v. Sullivan**, el juez William Brennan, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, señaló que el derecho a criticar al gobierno, sin temor a represalias, es el elemento fundamental de la libertad de expresión.⁸ En realidad, a pesar de la opinión en contrario del rey Jaime I, en el curso de los últimos cuatro siglos ha quedado firmemente demostrado que, si hay una esfera en la cual se justifica la libertad de expresión, ese es

3 Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, **Oberschlick v. Austria (2)**, sentencia del 25 de junio de 1997, párrafos 31, 33, y 34.

4 Cfr. **Near v. Minnesota**, 283 U.S. 697 (1931).

5 Cfr. su decisión en el caso **Chaplinsky v. New Hampshire**, 315 U.S. 568 (1942), y también **Beauharnais v. Illinois**, 343 U.S. 250 (1952).

6 Cfr. **New York Times Co. v. Sullivan**, 376 U.S. 254 (1964).

7 Cfr. **Ocala Star-Banner Co. v. Damron**, 401 U.S. 295 (1971).

8 Cfr. **New York Times Co. v. Sullivan**, 376 U.S. 254 (1964).

precisamente en el ámbito de la crítica política. Tal conclusión es inevitable, teniendo en cuenta que uno de los propósitos de la libertad de expresión es permitir juzgar y criticar las políticas del gobierno y la conducta de aquellos que las ejecutan; si bien esa crítica puede generar la polémica, tampoco se puede olvidar que la polémica es de la esencia de la democracia.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido el mismo criterio, expresado en este caso por la Corte Suprema de los Estados Unidos, señalando que la libertad de expresión es el derecho del individuo y de toda la comunidad a participar en debates activos, firmes y desafiantes, respecto de todos los aspectos vinculados al funcionamiento normal y armónico de la sociedad. El tipo de debate político a que da lugar el derecho a la libertad de expresión, inevitablemente generará discursos críticos, o incluso ofensivos, para quienes ocupan cargos públicos o para quienes están íntimamente vinculados a la formulación de la política pública; por lo tanto, una ley que ataque el discurso que se considera crítico de la administración pública en la persona del individuo autor de esa expresión afecta a la esencia y al contenido de la libertad de expresión, no sólo de aquel a quien se silencia sino del conjunto de la sociedad.⁹ Además, en su reciente *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*, la Comisión ha indicado que, en estos casos, para que se pueda restringir legítimamente la libertad de expresión, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo in-

tención de infligir daño, o que tuvo pleno conocimiento de que estaba difundiendo noticias falsas, o que se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad de las mismas.¹⁰

Por otra parte, en una sentencia del Tribunal Constitucional español, el juez Tomás Vives Antón sostuvo que la libertad de expresión, y en concreto la libertad de crítica a la actuación de los personajes públicos, necesita un amplio espacio para desarrollarse y, aunque en casos como el que era objeto de esa sentencia no resultara directamente menoscabada, el recurso a la vía penal podía afectarla indirectamente, desalentando su ejercicio más allá de lo que resulta tolerable en un régimen de libertad de expresión como el que consagra la Constitución española. De acuerdo con Vives Antón, si bien la libertad de expresión no comporta un derecho al insulto, las expresiones insultantes vertidas en dicho caso no son lo suficientemente fuertes, ni se hallan lo bastante separadas de la crítica que se efectúa en el artículo de prensa enjuiciado, como para que el recurso al derecho penal no resulte exorbitante y no comporte un peligro manifiesto de confusión y desánimo en quienes ejercen la crítica pública; por consiguiente, la mera posibilidad de que se castigue penalmente el exceso en la crítica parece, a juicio de Vives Antón, contrario al contenido constitucionalmente garantizado de la libertad de expresión.¹¹

Las consideraciones anteriores conducen a cuestionar la existencia de leyes que protejan el honor y la reputación de los funcionarios públicos, o incluso de las ins-

9 Cfr., en este sentido, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 69/98, caso 11.803, Chile, Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Álex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes, párrafo 78.

10 Cfr. la *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante su 108° período de sesiones, celebrado en Washington D.C., del 2 al 20 de octubre de 2000, párrafo 10 de la parte declarativa.

11 Cfr. su voto particular en la sentencia N° 79/1995, del 22 de mayo de 1995, recaída en el recurso de amparo N° 3696/1993, y publicada en el Boletín Oficial del Estado del 21 de junio de 1995, N° 147 (suplemento). También, su voto particular en la sentencia N° 78/1995, del 22 de mayo de 1995, recaída en el recurso de amparo N° 3694/1993, y publicada en el Boletín Oficial del Estado del 21 de junio de 1995, N° 147 (suplemento).

tituciones del Estado; en este sentido, en los *Principios de Siracusa*¹² se rechaza la utilización de restricciones basadas en la reputación de los demás para proteger al Estado y a sus funcionarios contra la opinión o la crítica del público.¹³ Sin duda, la libertad de expresión, que adquiere mayor relevancia cuando involucra un debate abierto sobre cuestiones de interés público, es incompatible y no puede coexistir con figuras penales que castigan la crítica a las instituciones o a los funcionarios públicos.

Esta es una materia que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de examinar con especial atención en su *Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos humanos*.¹⁴ En este informe, la Comisión hizo un análisis de las leyes que penalizan la expresión que ofende, insulta o amenaza a un funcionario público en el desempeño de sus funciones oficiales (las llamadas leyes de desacato) con la libertad de expresión, en la forma en que ésta se encuentra consagrada en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, recomendando a los Estados en que existan estas leyes derogarlas, o reformarlas con el objeto de adecuarlas a los instrumentos internacionales de derechos humanos.¹⁵ Recientemente, en su *Declaración de Principios sobre la Libertad de*

Expresión, la Comisión Interamericana ha reiterado que 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.¹⁶

Paradójicamente, marchando en contra del sentido de la historia y en violación de tratados internacionales, el delito de vilipendio ha sido recientemente reivindicado por una sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela,¹⁷ y su vigencia ha sido fortalecida en un proyecto de ley de reforma parcial del *Código Penal*, que está siendo considerado por la Asamblea Nacional.

Ese es el tema del libro que prologamos. Después de una ardua tarea de investigación y reflexión, en *El delito de vilipendio y la libertad de expresión en una sociedad democrática*, a partir de la jurisprudencia y del Derecho comparado, Yubi Cisneros examina con detenimiento la compatibilidad del delito de vilipendio o desacato, que se niega a desaparecer de nuestros códigos penales, y la libertad de expresión, que cada vez es reclamada en forma más vigorosa por los ciudadanos. En consecuencia, esta obra contribuye al debate sobre un tema de la mayor importancia práctica en una sociedad democrática, y ciertamente será recibida con entusiasmo por el público lector.

12 *Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptados por la Conferencia que se celebró en Siracusa, Italia, del 30 de abril al 4 de mayo de 1984, con el patrocinio de la Comisión Internacional de Juristas, la Asociación Internacional de Derecho Penal, la Asociación Estadounidense para la Comisión Internacional de Juristas, el Instituto Urban Morgan de Derechos Humanos, y el Instituto Internacional de Estudios Superiores de Ciencias Penales. Reproducidos en E/CN.4/1985/, Anexo.

13 Cfr. *ibid.*, párrafo 37.

14 *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – 1994*, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., 1995, pp. 207 a 223.

15 Cfr. *ibid.*, pág. 209.

16 Cfr. la *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante su 108º período de sesiones, celebrado en Washington D.C., del 2 al 20 de octubre de 2000, párrafo 11 de la parte declarativa.

17 Cfr. la sentencia 1.013, del 12 de junio de 2001, redactada por el juez Jesús Eduardo Cabrera.

Introducción

Las situaciones de hecho y de derecho no resueltas y las dificultades que el tema del vilipendio y la existencia de las denominadas leyes de desacato en países que proclaman sus regímenes democráticos de gobierno, tanto en el sistema nacional como en los distintos sistemas internacionales, como son el Universal, el Europeo y el Interamericano, despiertan especial interés hacia la búsqueda e investigación del manejo del delito y su compatibilidad con las libertades fundamentales del hombre, y en especial, el derecho no absoluto, pero derecho al fin, a la libre expresión.

Cuando se estudia y escucha sobre las violaciones a los derechos fundamentales del hombre, al poco tiempo nos percatamos que a muy pocos nos interesa si un ciudadano común de cualquier nación se expresa de una u otra forma. En realidad, el interés se centra y viene dado en función de las opiniones y críticas que el discurso político tiene sobre los gobiernos y sus instituciones en un momento determinado sobre la vida de los suyos y la impunidad que se pretende esconder detrás de las figuras de delitos que tienen una carga de contenido cierto en el contexto democrático social.

Así, el discurso o la crítica de orden político se relaciona estrechamente con el delito de vilipendio, aun consagrado en nuestro ordenamiento jurídico vigente. Su efecto inmediato: la restricción del derecho a la libertad de expresión de los ciudadanos por la naturaleza del contenido del discurso político y reduciendo la función fiscalizadora que se debe así misma la ciudadanía con respecto a sus gobernantes. Ahora bien, un Estado de Derecho democrático genuino no puede concebir ‘callar’ la matriz de opinión política que considere vejatoria e insultante al Presidente de la República y los altos funcionarios del gobierno, cuando en una sociedad democrática el fin

que se persigue y los medios son otros muy distintos. Al contrario, los funcionarios públicos deben estar sometidos a un margen más amplio de escrutinio que sobre su actividad realice la sociedad. Dentro de esta sociedad, de manera muy especial, está el gremio dedicado a la comunicación social en sus más variadas expresiones, por lo que constituyen un ‘tiro al blanco’ de las acciones penales que persisten en países democráticos como los del sistema interamericano, entre otros, y que bajo la excusa de la seguridad de Estado, la difamación o la calumnia, el fin que persiguen -contrario al mandato legal formal-, es silenciar el examen constante que la sociedad efectúa sobre el poder público en general.

La revisión bibliográfica realizada permitió confirmar la importancia del tema, cuando se inicia un nuevo milenio, colmado de expectativas en la protección de los derechos humanos en el mundo.

El desarrollo de esta aproximación, se divide en tres grandes apartados, el primero de ellos referido al delito de vilipendio, su concepto, los antecedentes históricos y su reconocimiento en el derecho comparado; el segundo, pasa a considerar la relación entre la figura del vilipendio y la libertad de expresión como derecho humano reconocido, incluyendo su fundamento y la crítica política como elemento esencial de la libertad de expresión en una sociedad democrática; y el tercer gran aspecto, se centra en la compatibilidad de la figura del vilipendio con la libertad de expresión, qué ha dicho la doctrina, la jurisprudencia de los tribunales nacionales y de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Humanos en el Sistema Universal de protección de los derechos humanos.

Capítulo I El delito de vilipendio

a) Concepto

Históricamente se configura el desacato como un delito de injurias particularmente agravado por la calidad del sujeto receptor (magistrado, autoridad o funcionario público). En la actualidad, se define esta infracción como el hecho de «amenazar, calumniar, injuriar o insultar, de palabra o por escrito, en su presencia o fuera de ella, a un ministro, autoridad o funcionario público en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de éstas». La ofensa que exige el tipo delictivo ha de ser de carácter personal y dirigida inequívocamente a quebrantar el principio de autoridad que encarna la persona ofendida. Y el ánimo de desacreditar o menospreciar debe deducirse siempre del significado vulgar y gramatical de las palabras proferidas, en atención a las circunstancias concurrentes de ocasión, lugar y momento, y a la particular investidura de la persona agraviada, siendo indiferente que trascienda o no a terceros; pero, en todo caso, debe mediar vinculación estrecha entre la ofensa y la función, por ser ésta la que particularmente protege la ley. De ahí que esta infracción se encuadre desde el Derecho Penal, entre las que atentan contra la seguridad interior del Estado. La acción excluye cualquier comportamiento violento por parte del delincuente contra la persona del ofendido, ya que, de darse aquél, transformaría el delito en el más grave de atentado. Por lo ge-

neral, las legislaciones que prevén este tipo de delito no admiten la *exceptio veritatis*, o prueba de la verdad de la imputación, como causa de exclusión de la antijuridicidad del hecho, en razón de que el prestigio de la autoridad está por encima del interés en dilucidar la posible verdad de los hechos imputados que, de ser ciertos, pueden encontrar su adecuada sanción en otras esferas, y para los que existen otros cauces para su denuncia y corrección. Con alguna excepción (Alemania), casi todas las legislaciones sancionan este delito como una figura independiente de las injurias comunes. El Código Penal francés lo denomina *outrage*, el italiano habla de *oltraggio*. El Código Penal polaco tipifica esta infracción en el art. 132. El peruano en el art. 328; el venezolano en el art. 225; el español en el art. 240; el argentino en el art. 244.¹

Algunos diccionarios elementales, distinguen la expresión vilipendio como una modalidad de injuria consistente en denigrar a alguien, envilecerla; de la de desacato, como una ofensa de la dignidad de un funcionario público.

Pese a lo anterior, el vilipendio constituye una figura penal, por la cual se sanciona a quien mediante su expresión difame o injurie a alguien, pero a diferencia de los delitos de difamación e injuria que no son objeto del presente trabajo, se trata de difamación o injuria a funcionarios o cuer-

1 Cfr. SOLER, S., “Derecho penal argentino”, V, Buenos Aires, 1956, p. 133 y PUIG PEÑA, F., “Derecho penal, III”, Madrid, 1955, p. 127.

pos públicos. Así, está definido por la legislación venezolana. Pero en la mayoría de los países donde existen leyes que penalizan este tipo de expresiones, el vilipendio se ha instaurado bajo la denominación de desacato.

El *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua* lo define como: “Delito que se comete calumniando, injuriando, insultando o amenazando a una autoridad en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, ya de hecho o de palabra, o ya en escrito que se le dirija.”²

En este sentido, al referirnos al delito de vilipendio o las leyes de desacato, inevitablemente debemos partir del tinte político que conlleva la comisión de este tipo de expresión. Se pretende castigar la acción de quien desprecie, demuestre falta de estima, denigre de una persona en forma grosera o vulgar. Advierte el Dr. José Rafael Mendoza Troconis, que “esta actividad no debe ser confundida con la crítica política, siempre que no se convierta en escarnio o mofa, y así, demostrar públicamente que el Gobierno está formado por incapaces, no es vilipendiar.”³

En el vilipendio político el sujeto activo puede ser cualquiera. A diferencia del delito de ofensa a los jefes de gobierno, que son las personas singulares que desempeñan los altos empleos de la nación, aquí los sujetos pasivos son los cuerpos constituidos, “el Congreso, las Cámaras Legislativas Nacionales, la Corte Federal y de Casación, hoy Tribunal Supremo de la Repú-

blica, el Gabinete o Consejo de Ministros, las Legislaciones o Asambleas Legislativas de los Estados de la Unión, los Consejos Municipales... Los medios de comisión son todos los idóneos para vilipendiar, como discursos, libelos, escritos, dibujos, gestos, signos, etc. El legislador incluye en el tipo una referencia ocasional, agravándolo “si la ofensa se hubiere cometido hallándose las expresadas Corporaciones en ejercicio de sus funciones oficiales”.⁴

El legislador protege las instituciones, no las personas, evitando, con la amenaza del castigo, el peligro que representa para la seguridad interna del desprestigio de esos cuerpos encargados de funciones legislativas, ejecutivas y judiciales de relevante importancia en la vida institucional del país. Por lo mismo que la ilicitud tipificada es el vilipendio a los entes jurídicos aludidos, este delito puede concurrir con las difamaciones, injurias o ultrajes que se infieran a sus personeros.⁵

Por supuesto, que el fondo del asunto debe traslucir el contenido de una crítica ofensiva, la cual, en todo caso, no debe ser interpretada ampliamente a fin de no afectar indebidamente la libertad de expresión. Se ha establecido en este sentido, muy especialmente, que no cualquier crítica con contenido ofensivo puede contener el carácter de lesividad que requiere la reacción penal, sino sólo aquella que implique la difamación de la persona.⁶

Se trata de un delito que necesita de la publicidad como condición objetiva para

2 NIKKEN, Pedro, “La libertad de expresión amenazada. Sentencia 1013.”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas/San José/2001. pp. 117, 126-127.

3 Cfr. MENDOZA TROCONIS, José Rafael, “Curso de Derecho Penal Venezolano. Compendio de Parte Especial. Capítulo II. De los Delitos contra los poderes nacionales y de los Estados. Título I. De los Delitos contra la Independencia y la Seguridad de la Nación”. Segunda Edición. Ed. Empresa EL COJO, S.A., Caracas 1961, pp.52-53.

4 *Ibidem*.

5 *Ibidem*.

6 CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo, “Libertad de expresión y ley penal” en Estudios Básicos de Derechos Humanos X, IIDH Serie Estudios de Derechos Humanos Tomo X, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Primera Edición, San José 2000, p. 162.

poderlo sancionar o hacerlo punible. Asimismo, se trata de un delito de acción privada, por lo que su enjuiciamiento deberá solicitarlo o requerirlo quien se considere ofendido o vilipendiado.

También en el campo militar hay referencias interesantes de señalar, como por ejemplo la definición que nos proporciona Guillermo Cabanellas sobre la ofensa a la autoridad⁷ en el ámbito de la justicia militar. Se trata pues del “...agravio inferido a la autoridad por serlo. En algunos ordenamientos penales, tal actitud constituía agravante genérica, que se ha suprimido por cuanto existe la ofensa calificada a la víctima, en cuyo concepto se incluye lo autoritario cuando sea pertinente. No cabe apreciarlo así cuando la ofensa sea con-substancial con la infracción, como acaece con la rebelión y figuras similares, con el desacato, las injurias, los insultos y amenazas contra los mandos públicos.”

Sin embargo y más allá de la concepción que tanto el derecho penal como el militar conservan hoy día en algunos países, se trata de uno de los principales pretextos para restringir la libertad de expresión. Junto con las leyes penales contra la difamación, igualmente intimidantes, da protección especial contra los llamados insultos, ofensas, afrentas, desacato, falta de respeto a los jefes de estado y otros funcionarios -altos y bajos-, instituciones públicas, o entidades como el parlamento, la policía o las fuerzas armadas; símbolo del Estado como la bandera o el escudo, por ejemplo. También facilitan esfuerzos para enmudecer la información por parte de periodistas sobre acusaciones más serias de mala conducta oficial.⁸

Las leyes de desacato convierten en crimen la ofensa al “honor y la dignidad”

de funcionarios públicos, entidades estatales e institucionales nacionales. No hay estándares objetivos, y los mismos líderes, con frecuencia de poco aguante a críticas, determinan si se sienten insultados u ofendidos. Las leyes de difamación criminal establecen sanciones penales por injurias (difamación oral) y libelo (difamación escrita). Los dos tipos de leyes a menudo son justificados para establecer “abusos” de la libertad de expresión. Sin embargo, los abusos reales ocurren cuando los funcionarios gubernamentales usan tales leyes para castigar a sus críticos o encubrir mala conducta.⁹

La figura del vilipendio está diseñada para proteger el “honor y la dignidad” en lugar de la reputación, se usa para castigar la verdad y las falsedades por igual, opiniones y declaraciones de un hecho, la sátira, la invectiva, e incluso los malos modales.¹⁰

Pero, los funcionarios públicos no deberían escudarse en esta protección de los derechos de los demás para acallar a las personas que haciendo uso de su libertad de expresión denuncian algo en relación de sus funciones. Caso distinto es la intromisión en sus vidas privadas, aunque muchas veces la libertad de expresión está en conflicto con la vida privada. En este sentido, toda persona tiene derecho a su privacidad, y en principio ésta prevalece sobre la libertad de expresión, salvo cuando se trata de una figura pública, cuando se discuten asuntos de interés público o cuando se trata de parte de lo que es el debate público.

Queda en evidencia que el tipo del vilipendio o desacato confiere un tratamiento privilegiado y permite, que quienes están en el gobierno, hagan uso de las leyes de difamación para restringir la libertad de

7 CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, “Diccionario Militar, Aeronáutico, Naval y Terrestre”, Tomo III, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1963, p. 646.

8 Cfr. Medios y Libertad de expresión en las Américas, “Escondiéndose del pueblo”. En: www.icfj.org/libertad-prensa/desacato.html

9 *Ibidem*.

10 *Ibidem*.

expresión. Esto se basa en el hecho de que cuando una persona maneja fondos del Estado, es más importante el debate público que el interés del Estado en proteger el honor y la reputación de una persona. De hecho, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos reafirman que estas medidas tienen que ser necesarias en una sociedad democrática, y estas restricciones (honor, vida privada y reputación) deben ser interpretadas en función de las necesidades de la sociedad democrática, de otra manera, se corta el debate político.

Alguna distinción o subcategoría del delito de vilipendio, la efectúa el Dr. Tulio Chiossone, en su *Manual de Derecho Penal Venezolano*, publicado por la Facultad de Derecho de la UCV en Caracas en 1972, en cuyo capítulo referido a los delitos contra los poderes públicos trata esta figura. Explica el vilipendio político como aquel que se hace contra el poder en sí o a la representación del poder. La ofensa e irrespeto al Presidente de la República y a otras personas representantes de los poderes públicos, o delito de vilipendio a los poderes públicos, constituye una ofensa en general, pero expresa que en el primer caso la ley utiliza la expresión “ofensas e irrespeto” y en el segundo, cuando se trata del Poder Público, la expresión vilipendio. Se trata pues de una nimia distinción entre dos hechos punibles, uno contra las personas naturales que representan el poder público, y el otro contra el poder mismo. Advierte

asimismo, que la ofensa al Presidente de la República puede revestir las formas de difamación o injuria; en este caso (contra el Presidente de la República) no hay necesidad de precisar si la ofensa constituye una difamación o si es una injuria, basta que sea una expresión ofensiva, grave o leve, de acuerdo con la apreciación del juez, quien tiene la facultad de decidir sobre el asunto.

Otra forma que refiere el Dr. Chiossone, es el vilipendio al poder, no ya a la persona que lo ejerce, sino al poder en sí, se refiere esencialmente al Poder Legislativo (Congreso), al Tribunal Supremo de Justicia o, al Gabinete o Consejo de Ministros, por ejemplo. Ahora bien, para que el vilipendio constituya delito se requiere que se haya hecho públicamente. Por esto debe entenderse, no sólo cuando se usa un medio de publicidad como la prensa, la radio, la televisión, etc., sino también cualquier otro medio que sea idóneo para llevar ese vilipendio al conocimiento del público. En este tipo de delitos contra el patrimonio moral tanto de las personas que representan el poder, como del poder, los tribunales de justicia tienen una gran amplitud de apreciación. Es uno de los casos en que éstos tienen facultades arbitrales para determinar sobre la gravedad o sobre la lenidad de las ofensas o del vilipendio.

Sin duda, se trata de delitos de carácter político que tienen hoy día incidencia directa sobre la vida política de cualquier sociedad y muy especialmente de las sociedades democráticas.

b) Antecedentes históricos

Podría afirmarse, que los orígenes de los derechos humanos se remontan a la Grecia antigua cuando comienza a hablarse del derecho natural de los hombres. El ejemplo clásico, tomado de la literatura griega, es el de Antígona. Según Sófocles, le reprochan haber dado entierro a su hermano pese a estarle prohibido, ella replica que actuó según las leyes no escritas e inmutables de los cielos.

Otro lejano antecedente se encuentra en un texto de escritura cuneiforme titulado *Espejo para Príncipes* y atribuido a Kaos Ibn Iskanda, príncipe de Gurgan (India) quien vivió alrededor del año 1082 a.C. Se trata del respeto a ciertos derechos de los súbditos como parte de los deberes del gobernante para con su pueblo. La ceremonia de coronación incluía una promesa pública del soberano ante sus súbditos: “entre el día en que nací y la noche en que me muera, que se me prive de mi cielo, de mi vida y de mi progenie, si os oprimo a vosotros.”

Pero quizás una de las primeras manifestaciones explícita de los derechos humanos y de su reconocimiento público es el antiguo texto legal hindú conocido como Código de Manú o *Código de las diez libertades humanas esenciales y controles o virtudes necesarias para la vida buena*.

No obstante, fue el Cristianismo que sentó las bases para el reconocimiento de la igualdad radical de todos los seres humanos, por ser todos hijos de Dios. Pero la misma Iglesia tardó mucho en adoptar enteramente la doctrina de los derechos hu-

manos que se desprendía del cristianismo. La Edad Media, por ejemplo, no fue una época favorable a la idea de esos derechos humanos, ni a su observancia. Plenamente sometida a la influencia de la filosofía aristotélica, la del derecho medieval (elemento característico de la cual era, entre otros, el reconocimiento por parte de Santo Tomás de Aquino -como antes lo fuera de Aristóteles- de la esclavitud) no reconocía las cualidades humanas que no comprendía y, por ende, no buscaba situar la personalidad humana en el centro de las preocupaciones del derecho y de la vida social.

Pero fue en Inglaterra donde, por primera vez, se establecieron limitaciones jurídicas al ejercicio del poder, tendientes a preservar los derechos humanos de los ciudadanos. La *Carta Magna* de 1215, por la cual el rey Juan I de Inglaterra se obligó a respetar las "leyes viejas" y garantizó por escrito los privilegios de los barones feudales, incluía al mismo tiempo el reconocimiento de ciertos derechos humanos fundamentales de todos los habitantes del reino: el derecho a la vida; la necesidad de juicio de sus iguales, previo al arresto o condena de cualquier noble, seglar o eclesiástico, etc. En una proclama del rey Jaime I de Inglaterra, del 24 de diciembre de 1620, se formulaban objeciones a las excesivamente profusas y licenciosas expresiones en asuntos de Estado y la circunstancia de que la libertad de expresión no se extendía a los asuntos de Estado, que no eran un tema apropiado para personas vulgares.¹¹

11 Cfr. LEVY, Leonard W., “Emergence of a Free Press” (Revised and enlarged edition of Legacy of Suppression: Freedom of Speech in Early American History), Oxford University Press, New York / Oxford, 1985, p.4., citado por FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, “la libertad de expresión amenazada. Sentencia 1013.”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas/San José/2001. pp. 90-107.

Por su parte, el *Habeas corpus* votado en 1679, el *Bill of Rights* -que en 1689 sentó las bases del nuevo sistema de gobierno británico- y los dos tratados del gobierno civil de 1690 -que legitimaron la revolución que acababa de poner fin al absolutismo de los Estuardo- son textos precursores de la actual legislación sobre derechos humanos.

La Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776, contiene un breve párrafo en el que, por primera vez, un poder, en este caso constituyente, asume las obligaciones que supone el reconocimiento de los derechos del ciudadano: “Consideramos como verdades evidentes que todos los hombres han sido creados iguales, que han sido dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables, entre los que se encuentran la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad.”

Pero el gran punto de partida de la proclamación, defensa y vigencia de los derechos humanos es la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, promulgada por la Asamblea Francesa el 26 de agosto de 1789. En ella se reconocía solemnemente que los hombres nacen y permanecen libres e iguales en sus derechos.

Dos siglos después de esas primeras declaraciones, los derechos individuales se vuelven materia de otras convenciones y cuerpos legales que constituyen, hoy por hoy, un sistema jurídico general y universal de protección de los seres humanos en sus derechos básicos.

En 1907, la *Convención de la Haya* regula las normas que deben observar los beligerantes: estos no deben tener alternativas ilimitadas en el modo de infligir daño al enemigo pues se deben preservar la vida, la dignidad y la salud de las víctimas,

derechos estos que están por encima del manejo de la guerra.

A partir de la Segunda Guerra Mundial, las declaraciones de derechos se convierten en exposiciones programáticas suscritas por la mayoría de países del mundo. La *Declaración Universal de los Derechos del Hombre*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, encontró el respaldo institucional de los Estados del Consejo de Europa, que en 1950 suscribieron la Convención Europea para la salvaguarda de los derechos del hombre y las libertades fundamentales. En tiempos más próximos, las declaraciones han servido para canalizar todo tipo de reivindicaciones -derechos de la mujer, del niño, de los jóvenes, de los pueblos indios, entre otros- sin conseguir, en la mayoría de casos, el necesario apoyo estatal. Hoy, los derechos individuales, aunque ignorados en demasiadas ocasiones, ocupan, en cambio, más espacio que nunca en las constituciones y leyes de todos nuestros países.

Pero un tanto independiente del corto recorrido sobre la evolución *supra* esbozada, el vilipendio proviene de un concepto ancestral del derecho atribuido a los reyes y monarcas, ya que se creía que estos no podían equivocarse y cualquier comentario desfavorable se consideraba constitutivo de delito y por ende objeto de sanción penal.

Con la aparición de la imprenta en el mundo occidental, formalizada en 1450, lo que supuso el inicio del perfeccionamiento del invento de Johann Gutenberg, comienza a perfilarse el contorno preciso de un derecho que, inconscientemente, todos saben que el hombre tiene; pero que el Poder se resistía a reconocer por cuanto significaba torpedear las potestades absolutas del monarca.¹² Recuérdese que una de

12 FERNÁNDEZ AREAL, Manuel, “Introducción al derecho de la información” A.T.E, Barcelona, España, 1977, pp.17-21; 27-28.

las primeras aplicaciones importantes de la imprenta fue la publicación de panfletos: en las luchas religiosas y políticas de los siglos XVI y XVII; estos circularon de manera profusa, por lo que es de suponer el impacto publicitario que tenía el contenido del mensaje o de la expresión en ese entonces. Los panfletos tuvieron también gran difusión en las colonias españolas de América en la segunda mitad del siglo XVIII.

Pero en Inglaterra, la Cámara Estrellada decidió en 1606 que la verdad o falsedad de lo afirmado no era relevante, pues si lo aseverado era verdadero, el daño a la reputación del gobierno, o de algún funcionario, era todavía más peligroso para la paz pública. Esa doctrina se continuó aplicando en Inglaterra, aun después de la desaparición de la Cámara Estrellada.¹³

Como ya se indicó, la *Carta Magna* de los ingleses se erige como primera declaración escrita de reconocimiento de libertades fundamentales del hombre. Sin embargo, conscientes de que hasta entonces no se podía hablar en Inglaterra, desde el punto de vista de la eficacia práctica, de derechos personales, individuales, esgrimibles frente al poder omnímodo del monarca, el *Bill of Rights* y el acta de 1701 en cuanto a la libertad religiosa y antes el *Habeas Corpus*, en 1679, en cuanto a la garantía de la libertad física, constituyen el precedente claro de lo que después se establecería en casi todas las constituciones de los países civilizados; aunque no podamos referirnos todavía a una conciencia social en cuanto a lo que el derecho a comunicarse libremente pueda suponer.¹⁴

Una de las más tempranas manifestaciones del afán por brindar mayor protección a la reputación de las personas que al debate político se reflejó en la *Ley de Sediación* aprobada en Estados Unidos el 14 de julio de 1798, por iniciativa del presidente Adams, cuando ese país se encontraba al borde la guerra con Francia y fue duramente criticada precisamente por interferir con el debate político. Según la mencionada ley, se sancionaba como delito “cualquier publicación falsa, escandalosa o maliciosa... en contra del gobierno de los Estados Unidos, o de cualquiera Cámara del Congreso... o del Presidente... con intención de difamarlos... o de exponerlos al desprecio o al descrédito...” Entre las víctimas de esta ley se encontró un miembro de la Cámara de Representantes por el estado de Vermont, Matthew Lyon, quien fue sentenciado a cuatro meses de prisión y 1.000 dólares de multa por criticar al presidente Adams, caracterizándolo como un hombre que se aferraba continuamente al poder, que tenía una ilimitada sed por la pompa ridícula y la adulación disparatada y por condenar la política de su gobierno hacia Francia. En 1800, dos años después de haber sido promulgada, con el triunfo de Thomas Jefferson como Presidente, una vez que éste asumió su cargo, dicha ley fue derogada y repudiada.¹⁵

Pero, merece especial atención las dos grandes etapas que marcaron la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos y su influencia sobre el sistema universal y los sistemas regionales de protección de los derechos humanos y muy especialmente sobre el derecho a la libre ex-

13 Cfr. Voto particular del juez Tomás Vives Antón en la sentencia N° 79/1995, del 22 de mayo de 1995, recaída en el recurso de amparo N° 3696/1993, y publicada en el Boletín Oficial del Estado del 21 de junio de 1995, N° 147 (suplemento). También, su voto particular en la sentencia N° 78/1995, del 22 de mayo de 1995, recaída en el recurso de amparo N° 3694/1993, y publicada en el Boletín Oficial del Estado del 21 de junio de 1995, N° 147 (suplemento), p. 7.

14 FERNÁNDEZ AREAL, Manuel, op. cit. pp.17-21; 27-28.

15 FAÜNDEZ LEDESMA, Héctor, op. cit. pp. 90-107.

presión: inicialmente se consideró que las expresiones difamantes no estaban protegidas por la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos y que ellas constituían una excepción a la libertad de expresión amparada por ésta¹⁶; y en una segunda etapa, digamos que a partir de 1947 con la decisión del caso *Crayg v. Harney* (en que el tribunal inferior condenó a los peticionarios por desacato al tribunal, la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió que no hubo tal desacato, ya que “se supone que los jueces son hombres de fortaleza, capaces de prosperar en un clima endurecido... Los jueces que se presentan para la reelección ofrecen su hoja de servicios; ese puede ser un ambiente muy rudo. La crítica es inevitable y la discusión de su conducta es apropiada, si no necesaria”).¹⁷ Este cambio, fue reforzado, además con especial publicidad con la decisión en el caso *New York Times Co. v. Sullivan*, en la cual ese mismo tribunal supremo adoptó un criterio mucho más estricto al ponderar los procesos por difamación en cuanto restricciones legítimas a la libertad de expresión.¹⁸

Evidentemente que el mensaje de contenido político ha sido particular y especialmente atacado en los últimos 200 años, pero ello no hace mella en el hecho de que exista un debate abierto, desinhibido en todo lo que concierne a asuntos de interés público.

Así lo estableció la Corte Europea de Derechos Humanos, en 1986, con ocasión de la decisión sobre el caso **Lingens v. Aus-**

tria, sentenciando sin vacilación que las leyes de desacato, cuando se aplican, tienen efecto directo sobre el debate abierto y riguroso sobre la política pública que el artículo 10 garantiza y que es esencial para la existencia de una sociedad democrática.

Ejemplo de lo anterior en el ámbito regional y que podríamos decir que constituye la historia reciente del tratamiento que se le ha dado al delito de vilipendio o leyes de desacato, lo conseguimos en el caso *Horacio Verbitsky*, en el cual la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través de la solución amistosa logró que Argentina revocara la sentencia contra el periodista Verbitsky por difamación a un ministro de la Corte Suprema Argentina y derogara la figura del desacato en su legislación nacional, ajustándola a lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Los más recientes antecedentes históricos incluyen tres documentos regionales como son, en primer lugar, la Opinión Consultiva 5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁹, sobre la colegiación obligatoria de periodistas, en la cual la Corte expresó su criterio en torno a la concurrencia de los requisitos para que se suponga la responsabilidad ulterior por los delitos derivados del ejercicio de la libertad de expresión, frenando con ello los abusos del Poder Público ante sus ciudadanos; vale decir que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, acogió este criterio como suyo desde entonces.

16 Cfr. su decisión en el caso *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942), y también *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952), citado por FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, “La libertad de expresión y la protección del honor y la reputación de las personas en una sociedad democrática”, Memoria del Seminario El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI, Tomo I, San José de Costa Rica, 23 y 24 de Noviembre de 1999, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, p. 566.

17 *Crayg v. Harney*, 331 U.S. 367, 1947, reproducida por Marc A. Franklin, en *Mass Media Law: Cases and Materials*, The Foundation Press, Inc., Mineola, N.Y., 1977, pp. 279 y ss., citado por FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *ibídem*, p.567.

18 FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *ibídem*, p.566.

19 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva 5/85, del 13 de noviembre de 1985.

En segundo lugar, La Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante su 108° período ordinario de sesiones, en el mes de Octubre de 2000, en su párrafo 11 de la parte declarativa, confirma que 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.²⁰

Y en tercer lugar, el Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de fecha 17 de febrero de 1995²¹, en el cual el sistema de protección regional, se ha pronunciado e invitado con encomiable atención y de manera directa a los Estados para que deroguen las leyes de desacato o modifiquen aquellas disposicio-

nes nacionales que pretenden impedir el libre ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Sobre este particular, es importante la referencia a la contradicción que se está suscitando en la región, mientras países como Argentina y Chile, ya abrogaron las leyes sobre esta materia, en 1993 en el primero de los casos y muy recientemente (mayo 2002) en Chile (aún pendiente de aprobación definitiva en el Senado); en países como Venezuela, el Tribunal Supremo de Justicia, mediante una sentencia inédita, revive la figura del vilipendio y expone a este país ante la sanción moral internacional, cuando hoy día han sido admitidos al menos un par de acciones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en contra de la nación con ocasión de la Sentencia 1.013 del Alto Tribunal.

20 Cfr. Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 108° período ordinario de sesiones, párrafo 11, parte declarativa.

21 Cfr. Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su 88° período de sesiones, contenido en el Doc. 9 (Capítulo V) de su Informe Anual 1994, Washington, D.C., 17 de febrero de 1995.

c) Su reconocimiento en el Derecho Comparado

Antes de considerar el reconocimiento que al delito de vilipendio o leyes de desacato otorgan los Estados, es importante destacar la evidente relación de incompatibilidad que mantienen éstas figuras con la libertad de expresión. Para ello, comienzo por acotar las normas internacionales más importantes que consagran el derecho a la libertad de expresión, y que por lo demás, han servido de fundamento y garantía en el ámbito internacional para salvaguardar la libre expresión de las personas y de los regímenes democráticos en el mundo.

da persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

3. *Estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.”*

Instrumentos Internacionales que reconocen la libertad de expresión

Sistema Universal

Declaración Universal de Derechos Humanos

(Resolución de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, aprobada el 10 de diciembre de 1948)

Artículo 19

“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”.

Artículo 29

“...2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, to-

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

(Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, aprobada el 16 de diciembre de 1966)

Artículo 19

- 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 de-*

berán, 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.”*

Artículo 20

- “1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley.*
- 2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”.*

Sistema Interamericano

Convención Americana sobre Derechos Humanos

(Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos)

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 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 agravantes 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 dispensa de fuero especial.*

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

(Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948)

Artículo IV

“Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio.”

Sistema Regional Africano

Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos

(Adoptada el 27 de Junio de 1981 por los miembros de la Organización de Estados Africanos Unidos, revisada en 1982 y vigente desde el 21 de Octubre de 1986)

Artículo 9

(Traducción no oficial)

1. *Todo individuo tendrá el derecho a recibir información.*
2. *Todo individuo tendrá el derecho a expresar y diseminar sus opiniones dentro de la ley.”*

Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos

La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (“Carta Africana”), adoptada por 50 países de la Organización para la Unidad Africana, declara en el Artículo 9: *“Todo individuo tiene derecho a recibir información... [y] a expresar sus opiniones y difundirlas cumpliendo la legalidad vigente”*. El claro lenguaje de este artículo establece que la Carta Africana protege cualquier tipo de comunicación entre personas, incluyendo la comunicación a través de Internet, así como el acceso a la información presente en ésta. La Carta Africana también establece que los países firmantes “tienen el deber de promover y asegurar mediante la enseñanza y la educación el respeto a los derechos y libertades recogidos [en la Carta Africana] y velar para que estos derechos y libertades, así como los deberes y obligaciones asociados, sean entendidos”. Finalmente, la Carta Africana limita las posibles restricciones al derecho fundamental a la libertad de expresión; el artículo 27 establece que los individuos deben ejercer las libertades protegidas por la Carta “respetando los derechos de los demás, la seguridad colectiva, la moralidad y el interés común”. La Carta Africana incluye un mecanismo de vigilancia de su cumplimiento que puede atender casos presentados por particulares.

De la revisión efectuada ante la Comisión Africana de Derechos Humanos, no se encontró decisión alguna sobre la violación del artículo 9 de la Carta.

Sistema Regional Europeo

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950

Artículo 10

“1. *Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.*

2. *The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.”*

“1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones e ideas sin que puedan injerirse en ellas las autoridades públicas sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.*

2 *El ejercicio de estas libertades, que implica deberes y responsabilidades, podrá someterse a determinadas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley que sean 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 reservadas o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.”*

Declaración sobre la Libertad de Expresión e Información

Los países europeos también manifestaron su compromiso con la libertad de expresión en Declaración sobre la Libertad de Expresión e Información proclamada por el Consejo de Europa en 1982 (“Declaración del Consejo de Europa”). Esta declaración reafirma el artículo 10 de la Convención Europea y proclama que la libertad de expresión es “*una parte fundamental [de] los principios que sostienen la verdadera democracia, el imperio de la ley y el respeto a los derechos humanos*”. La declaración también establece que la libertad de expresión e información es “*necesaria para el desarrollo social, económico, cultural y político de todo ser humano, y es una condición imprescindible para el desarrollo armonioso de grupos sociales y culturales, las naciones y la comunidad internacional*”. La declaración reconoce así que la libertad de expresión no sólo sirve a intereses individuales, sino también a los intereses de las naciones y de la comunidad internacional.

Carta de París para una Nueva Europa y otros acuerdos de la OSCE

Los 55 miembros de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), antes denominada Conferencia para la Seguridad y Cooperación en Europa, patrocinó, en 1990, la Carta de París para una Nueva Europa. Firmada por 31 países europeos, Rusia, Canadá y Estados Unidos, la Carta proclama: “Afirmamos que, sin discriminación, todo individuo tiene el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión o creencia, [y] a la libertad de expresión”.

La Declaración de la Cumbre de la OSCE de 1994, en Budapest, “Hacia una Verdadera Asociación en una Nueva Era”, complementa la Carta afirmando que los miembros de la Organización “toman como principio para guiarse que salvaguardarán el derecho a la libertad de expresión y reconocen que los medios independientes y plurales son esenciales para una sociedad libre y abierta”. Internet es el medio más “independiente y plural” de todos; por tanto, debería recibir la mayor protección contra las restricciones a la libre circulación de información.

Los Estados miembros de la OSCE también expresaron su compromiso a hacer “esfuerzos destinados a facilitar la diseminación de información más libre y amplia posible [y] a promover la cooperación en el campo de la información”. De acuerdo con este compromiso, y en reconocimiento de los compromisos adquiridos bajo la Declaración Universal y el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, la OSCE declaró que sus miembros “se asegurarán de que los individuos puedan elegir libremente sus fuentes de información”.

Finalmente, los países de la OSCE reafirmaron las limitaciones establecidas en el pacto referentes a las restricciones al derecho a la libertad de expresión. La Conferencia sobre la Dimensión Humana de 1990 concluyó que, cualquier restricción a los derechos y libertades fundamentales debe estar (1) prevista por la ley; (2) de acuerdo con las obligaciones contraídas por leyes internacionales, especialmente las recogidas en el Pacto y la Declaración Universal; y (3) referida a un objetivo de las leyes relacionadas con el tema y ser estrictamente proporcional a la finalidad de la ley.

Normas Constitucionales que reconocen la libertad de expresión

Ahora bien, la libertad de expresión, está consagrada constitucionalmente en la mayoría de los países, de la siguiente manera:

La Constitución de la Nación Argentina, promulgada el 22 de agosto de 1994, establece en su artículo 14: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, a saber: ... de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; ...”²²

La Constitución Política del Estado de la República de Bolivia, en su texto constitucional de fecha 12 de agosto de 1994 y sancionado mediante la Ley N° 1615 del 6 de febrero de 1995, consagra en su artículo 7.b: “Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: ... b. A emitir libremente sus ideas y opiniones por cualquier medio de difusión...”²³

22 El Diario Oficial. Base de Datos Políticos de las Américas. (1998) Libertad de pensamiento y de expresión. Análisis comparativo de constituciones de los regímenes presidenciales. Georgetown University y Organización de Estados Americanos. En: <http://www.georgetown.edu/pdba/Comp/Derechos/pensamiento.html>. 25 de agosto 192002.

23 Congreso Nacional de Bolivia. Base de Datos Políticos de las Américas (1998), *Ibidem*.

El texto de la **Constitución de la República Federativa del Brasil**, 1988, reformada en el 2001, prevé en su artículo 5 lo siguiente: “Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos: IV. Es libre la manifestación del pensamiento, quedando prohibido el anonimato; ... IX. Es libre la expresión de la actividad intelectual, artística, científica y de comunicación, sin necesidad de censura o licencia...”²⁴

La **Constitución Política de la República de Chile de 1980 reformada en el año 2000**, prevé en su artículo 19: “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 deber 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. El Estado, aquellas universidades y demás personas o

entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión. Habrá un Consejo Nacional de Televisión, autónomo y con personalidad jurídica, encargado de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación. Una ley de quórum calificado señalar la organización y demás funciones y atribuciones del referido Consejo. La ley establecerá un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica; ...”²⁵

La **Constitución Política de Colombia** de 1991, actualizada con reformas hasta el 2001²⁶, consagra la libertad de expresión en los siguientes artículos:

” *Artículo 20.- Se garantiza a toda persona la libertad de expresar su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.*

Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho de rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.

Artículo 73.- Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, de informar y recibir información veraz e imparcial. Entre estas libertades está la de fundar medios masivos de comunicación. Los medios masivos de comunicación son libres y tienen una responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.

24 Rede Brasil e Senado Federal do Brasil. Base de Datos Políticos de las Américas (1998), *Ibidem*.

25 El Diario Oficial. Base de Datos Políticos de las Américas, (1998), *Ibidem*.

26 Consejo Superior de la Judicatura. Base de Datos Políticos de las Américas, (1998), *Ibidem*.

Artículo 74.- La actividad periodística gozará de protección para garantizar su libertad e independencia profesional.

Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley.

El secreto profesional es inviolable.

Artículo 111.- Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica tienen derecho a utilizar los medios de comunicación social del Estado en todo tiempo, conforme a la ley. Ella establecerá así mismo los casos y la forma como los candidatos debidamente inscritos tendrán acceso a dichos medios.”

La Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949, actualizada con la Reforma 8106/2001²⁷, protege el derecho a la libre expresión en un par de artículos, a saber:

“Artículo 28.- Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley.

Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.

No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seculares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas.

Artículo 29.- Todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra o por

escrito, y publicarlos sin previa censura; pero serán responsables de los abusos que cometan en el ejercicio de este derecho, en los casos y del modo que la ley establezca.”

En Cuba, la **Constitución de la República de Cuba**, incluyendo la Ley de Reforma Constitucional, del 26 de junio de 2002, esencialmente sobre sus artículos 3 y 11²⁸, mantuvo intacto el texto de su artículo 53, el cual establece: “Se reconoce a los ciudadanos libertad de palabra y prensa conforme a los fines de la sociedad socialista. Las condiciones materiales para su ejercicio están dadas por el hecho de que la prensa, la radio, la televisión, el cine y otros medios de difusión masiva son de propiedad estatal o social y no pueden ser objeto, en ningún caso, de propiedad privada, lo que asegura su uso al servicio exclusivo del pueblo trabajador y del interés de la sociedad. La ley regula el ejercicio de estas libertades.”

La **Constitución Política de Ecuador** de 1998²⁹, consagra en dos disposiciones fundamentales, el derecho a la libertad de expresión, ellos son:

“Artículo 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

27 CESDEPU. Base de Datos Políticos de las Américas, (1998), *Ibidem*.

28 Editora Política. Base de Datos Políticos de las Américas, (1998), *Ibidem*.

29 Corporación de Estudios de Estructura y Administración del Estado. Base de Datos Políticos de las Américas, (1998), *Ibidem*.

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.

... 10. El derecho a la comunicación y a fundar medios de comunicación social y a acceder, en igualdad de condiciones, a frecuencias de radio y televisión.”

“Artículo 81.- 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.”

La Constitución Política de la República de El Salvador³⁰ de 1983, actualizada hasta la reforma introducida N° 56, del 6 de Julio de 2000, prevé en su artículo 6 lo siguiente:

“Toda persona puede expresar y difundir libremente sus pensamientos siempre que no subvierta el orden público, ni lesione la moral, el honor, ni la vida privada de los demás. El ejercicio de este derecho no estará sujeto a previo examen, censura ni caución; pero los que haciendo uso de él, infrinjan las leyes, responderán por el delito que cometan. En ningún caso podrá secuestrarse, como instrumentos de delito, la imprenta, sus accesorios o cualquier otro medio destinado a la difusión del pensamiento. No podrán ser objeto de estatización o nacionalización, ya sea por expropiación o cualquier otro procedimiento, las empresas que se dediquen a la comunicación escrita, radiada o televisada, y demás empresas de publicaciones. Esta prohibición es aplicable a las acciones o cuotas sociales de sus propietarios. Las empresas mencionadas no podrán establecer tarifas distintas o hacer cualquier otro tipo de discriminación por el carác-

30 El Diario Oficial. Base de Datos Políticos de las Américas, (1998), *Ibíd.*

ter político o religioso de lo que se publique. Se reconoce el derecho de respuesta como una protección a los derechos y garantías fundamentales de la persona. Los espectáculos públicos podrán ser sometidos a censura conforme a la ley.”

La **Constitución Política de la República de Guatemala** de 1985 con reformas de 1993³¹, establece:

“Artículo 5. Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe; no está obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella. Tampoco podrá ser perseguida ni molestada por sus opiniones o por actos que no impliquen infracción a la misma.

Artículo 35. Libertad de emisión del pensamiento. Es libre la emisión del pensamiento por cualesquiera medios de difusión, sin censura ni licencia previa. Este derecho constitucional no podrá ser restringido por ley o disposición gubernamental alguna. Quien en uso de esta libertad faltare al respeto a la vida privada o a la moral, será responsable conforme a la ley. Quienes se creyeren ofendidos tienen derechos a la publicación de sus defensas, aclaraciones y rectificaciones. No constituyen delito o falta las publicaciones que contengan denuncias, críticas o imputaciones contra funcionarios o empleados públicos por actos efectuados en el ejercicio de sus cargos. Los funcionarios y empleados públicos podrán exigir que un tribunal

de honor, integrado en la forma que determine la ley, declare que la publicación que los afecta se basa en hechos inexactos o que los cargos que se les hacen son infundados. El fallo que reivindique al ofendido, deberá publicarse en el mismo medio de comunicación social donde apareció la imputación. La actividad de los medios de comunicación social es de interés público y éstos en ningún caso podrán ser expropiados. Por faltas o delitos en la emisión del pensamiento no podrán ser clausurados, embargados, intervenidos, confiscados o decomisados, ni interrumpidos en su funcionamiento las empresas, los talleres, equipo, maquinaria y enseres de los medios de comunicación social. Es libre el acceso a las fuentes de información y ninguna autoridad podrá limitar ese derecho. La autorización, limitación o cancelación de las concesiones otorgadas por el Estado a las personas, no pueden utilizarse como elementos de presión o coacción, para limitar el ejercicio de la libre emisión del pensamiento. Un jurado conocerá privativamente de los delitos o faltas a que se refiere este artículo. Todo lo relativo a este derecho constitucional se regula en la Ley Constitucional de Emisión del Pensamiento. Los propietarios de los medios de comunicación social, deberán proporcionar cobertura socioeconómica a sus reporteros, a través de la contratación de seguros de vida.”

31 A pesar de que en el año 1998, el poder legislativo aprobó un texto contentivo de reformas al articulado constitucional y que este texto no fue aprobado en Consulta Popular en 1999, las disposiciones de la carta magna relativos a la libertad de expresión no eran objeto de la propuesta reforma. Embajada de Guatemala en Washington. Base de Datos Políticos de las Américas, (1998), *Ibíd.*

La Constitución Política de la República de Honduras de 1982, con reformas hasta el Decreto 2 de 1999³², consagra la libertad de expresión, como sigue:

“Artículo 72. Es libre la emisión del pensamiento por cualquier medio de difusión, sin previa censura. Son responsables ante la ley los que abusen de este derecho y aquellos que por medios directos o indirectos restrinjan o impidan la comunicación y circulación de ideas y opiniones.

Artículo 73. Los talleres de impresión, las estaciones radio eléctricas, de televisión y de cualesquiera otros medios de emisión y difusión del pensamiento, así como todos sus elementos, no podrán ser decomisados ni confiscados, ni clausuradas o interrumpidas sus labores por motivo de delito o falta en la emisión del pensamiento, sin perjuicio de las responsabilidades en que se haya incurrido por estos motivos de conformidad con la Ley. Ninguna empresa de difusión del pensamiento podrá recibir subvenciones de gobiernos o partidos políticos extranjeros. La Ley establecerá la sanción que corresponda por la violación de este precepto. La dirección de los periódicos impresos, radiales o televisados, y la orientación intelectual, política y administrativa de los mismos, será ejercida exclusivamente por hondureños por nacimiento.

Artículo 74. No se puede restringir el derecho de emisión del pensamiento por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares del material usado pa-

ra la impresión de periódicos; de las frecuencias o de enseres o aparatos usados para difundir la información.

Artículo 75. La Ley que regule la emisión del pensamiento, podrá establecer censura previa, para proteger los valores éticos y culturales de la sociedad, así como los derechos de las personas, especialmente de la infancia, de la adolescencia y de la juventud. La propaganda comercial de bebidas alcohólicas y consumo de tabaco será regulada por la Ley.”

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos³³, vigente al 10 de julio de 2002, protege la libertad de expresión de la siguiente manera:

“Artículo 6. La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público; el derecho a la información será garantizado por el estado.

Artículo 7. Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene mas límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito.

32 Embajada de Honduras en Washington, D.C. Base de Datos Políticos de las Américas, (1998), *Ibidem*.

33 Universidad Nacional Autónoma de México. Base de Datos Políticos de las Américas, (1998), *Ibidem*.

Las leyes orgánicas dictaran cuantas disposiciones sean necesarias para evitar que so pretexto de las denuncias por delitos de prensa, sean encarcelados los expendedores, "papejeros", operarios y demás empleados del establecimiento de donde haya salido el escrito denunciado, a menos que se demuestre previamente la responsabilidad de aquellos."

La **Constitución de Nicaragua** de 1987 reformada en 1995³⁴, prevé:

"Artículo 30.- Los nicaragüenses tienen derecho a expresar libremente su pensamiento en público o en privado, individual o colectivamente, en forma oral, escrita o por cualquier otro medio.

Artículo 66.- Los nicaragüenses tienen derecho a la información veraz. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, ya sea de manera oral, por escrito, gráficamente o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Artículo 67.- El derecho de informar es una responsabilidad social y se ejerce con estricto respeto a los principios establecidos en la Constitución. Este derecho no puede estar sujeto a censura, sino a responsabilidades ulteriores establecidas en la ley.

Artículo 68.- Los medios de comunicación, dentro de su función social, deberán contribuir al desarrollo de la nación. Los nicaragüenses tienen derecho de acceso a los medios de

comunicación social y al ejercicio de aclaración cuando sean afectados en sus derechos y garantías. El Estado vigilará que los medios de comunicación social no sean sometidos a intereses extranjeros o al monopolio económico de algún grupo. La ley regulará esta materia. La importación de papel, maquinaria y equipo y refacciones para los medios de comunicación social escritos, radiales y televisivos, así como la importación, circulación y venta de libros, folletos, revistas, materiales escolares y científicos de enseñanzas, diarios y otras publicaciones periódicas, estarán exentas de toda clase de impuestos municipales, regionales y fiscales. Los medios de comunicación públicos, corporativos y privados no podrán ser objeto de censura previa. En ningún caso podrán decomisarse, como instrumento o cuerpo del delito, la imprenta o sus accesorios ni cualquier otro medio o equipo destinado a la difusión del pensamiento."

La **Constitución Política de Panamá**³⁵, consagra que: "Artículo 37.- Toda persona puede emitir libremente su pensamiento de palabra, por escrito o por cualquier otro medio, sin sujeción a censura previa; pero existen las responsabilidades legales cuando por alguno de estos medios se atente contra la reputación o la honra de las personas o contra la seguridad social o el orden público." Además, "Artículo 85.- Los medios de comunicación social son instrumentos de información, educación, recreación y difusión cultural y científica. Cuan-

34 O.E.A. Base de Datos Políticos de las Américas, (1998), *Ibídem*.

35 Tribunal Electoral Panameño. Base de Datos Políticos de las Américas, (1998), *Ibídem*.

do sean usados para la publicidad o la difusión de propaganda, estas no deben ser contrarias a la salud, la moral, la educación, formación cultural de la sociedad y la conciencia nacional. La Ley reglamentará su funcionamiento.”

La Constitución de la República de Paraguay de 1992³⁶, prevé:

“**Artículo 26.- DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DE PRENSA**

Se garantizan la libre expresión y la libertad de prensa, así como la difusión del pensamiento y de la opinión, sin censura alguna, sin más limitaciones que las dispuestas en esta Constitución; en consecuencia, no se dictará ninguna ley que las imposibilite o las restrinja. No habrá delitos de prensa, sino delitos comunes cometidos por medio de la prensa.

Toda persona tiene derecho a generar, procesar o difundir información, como igualmente a la utilización de cualquier instrumento lícito y apto para tales fines.”

“**Artículo 27.- DEL EMPLEO DE LOS MEDIOS MASIVOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL**

El empleo de los medios de comunicación es de interés público; en consecuencia, no se los podrá clausurar ni suspender su funcionamiento. 1. No se admitirá la prensa carente de dirección responsable. Se prohíbe toda práctica discriminatoria en la provisión de insumos para la prensa, así como interferir las frecuencias radioeléctricas y obstruir, de la manera que fuese, la libre circula-

ción, la distribución y la venta de periódicos, libros, revistas o demás publicaciones con dirección o autoría responsable. Se garantiza el pluralismo informativo. La ley regulará la publicidad a los efectos de la mejor protección de los derechos del niño, del joven, del analfabeto, del consumidor y de la mujer.”

“**Artículo 28.- DEL DERECHO A INFORMARSE**

Se reconoce el derecho de las personas a recibir información veraz, responsable y ecuánime. Las fuentes públicas de información son libres para todos. La ley regulará las modalidades, plazos y sanciones correspondientes a las mismas, a fin de que este derecho sea efectivo. Toda persona afectada por la difusión de una información falsa, distorsionada o ambigua tiene derecho a exigir su rectificación o su aclaración por el mismo medio y en las mismas condiciones que haya sido divulgada, sin perjuicio de los demás derechos compensatorios.”

“**Artículo 29.- DE LA LIBERTAD DE EJERCICIO DEL PERIODISMO**

El ejercicio del periodismo, en cualquiera de sus formas, es libre y no está sujeto a autorización previa. Los periodistas de los medios masivos de comunicación social en cumplimiento de sus funciones, no serán obligados a actuar contra los dictados de su conciencia ni a revelar sus fuentes de información. El periodista columnista tiene derecho a publicar sus opiniones firmadas, sin censura, en el medio en el cual trabaje.

36 O.E.A. Base de Datos Políticos de las Américas, (1998), Ibídem.

La dirección podrá dejar a salvo su responsabilidad haciendo constar su disenso. Se reconoce al periodista el derecho de autoría sobre el producto de su trabajo intelectual, artístico o fotográfico, cualquiera sea su técnica, conforme con la ley.”

“Artículo 31.- DE LOS MEDIOS MASIVOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL DEL ESTADO

Los medios de comunicación dependientes del Estado serán regulados por ley en su organización y en su funcionamiento, debiendo garantizarse el acceso democrático y pluralista a los mismos de todos los sectores sociales y políticos, en igualdad de oportunidades.”

La **Constitución Política del Perú** de 1993, actualizada hasta las reformas introducidas por la Ley 27365 del 2 de noviembre de 2000³⁷, declara en su artículo 2, que “Toda persona tiene su derecho: ...4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley. Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común. Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación... 5. A solicitar sin expresión de causa la información que re-

quiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. El secreto bancario y la reserva tributaria puedan levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado. ...”

En **República Dominicana, su Constitución Política**³⁸ de 1994 debidamente votada y proclamada por la Asamblea Nacional, establece en su artículo 8: “Se reconoce como finalidad principal del Estado la protección efectiva de los derechos de la persona humana y el mantenimiento de los medios que le permitan perfeccionarse progresivamente dentro de un orden de libertad individual y de justicia social, compatible con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos. Para garantizar la realización de esos fines se fijan las siguientes normas:... 6. Toda persona podrá, sin sujeción a censura previa, emitir libremente su pensamiento mediante palabras escritas o por cualquier otro medio de expresión, gráfico u oral. Cuando el pensamiento expresado sea atentatorio a la dignidad y a la moral de las personas, al orden público o a las buenas costumbres de la sociedad, se impondrán las sanciones dictadas por las leyes. Se prohíbe toda propaganda subversiva, ya sea por anónimos o por cualquier otro medio de expresión que tenga por objeto provocar desobediencia a las leyes, sin que esto último pueda coartar el derecho a análisis o a crítica de los preceptos legales... 10. Todos los medios de in-

37 Diario Oficial. Base de Datos Políticos de las Américas, (1998), *Ibidem*.

38 Embajada de la República Dominicana en Washington, D.C. Base de Datos Políticos de las Américas, (1998), *Ibidem*.

formación tienen libre acceso a las fuentes noticiosas oficiales y privadas, siempre que no vayan en contra del orden público o pongan en peligro la seguridad nacional...”

La **Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América**, incluida en el conjunto de las diez primeras enmiendas, mejor conocidas como ‘*Bill of Rights*’, y que fueron ratificadas el 15 de Diciembre de 1791, establece textualmente:³⁹

“Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.”

“El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios.”

La **Constitución de la República Oriental del Uruguay** de 1967 con reformas hasta 1996⁴⁰, expresa claramente en su artículo 29, que: “Es enteramente libre en toda materia la comunicación de pensamientos por palabras, escritos privados o publicados en la prensa, o por cualquier otra forma de divulgación, sin necesidad de previa censura; quedando responsable el autor y, en su caso, el impresor o emisor,

con arreglo a la ley por los abusos que cometieron.”

La **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela** de 1999⁴¹, consagra la libertad de expresión en los siguientes artículos:

”Artículo 57.- Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión, y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura. Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado. No se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa.

Se prohíbe la censura a los funcionarios públicos o funcionarias públicas para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades.”

“Artículo 58.- La comunicación es libre y plural, y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como el derecho de réplica y rectificación cuando se vean afectados directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral.”

39 United States House of Representatives. Base de Datos Políticos de las Américas, (1998), *Ibídem*.

40 El Espectador. Base de Datos Políticos de las Américas, (1998), *Ibídem*.

41 Gaceta Oficial de la República de Venezuela, Nro. 36.860, del jueves 30 de diciembre de 1999.

De los 20 textos constitucionales citados, en los cuales se trata de manera casi uniforme la consagración del derecho a la libertad de expresión, resalta el de Cuba, por el régimen socialista que otorga la propiedad de todos los medios al Estado, prohibiendo en forma expresa que puedan ser adquiridos por otras personas; así, el Estado declara abiertamente además de su propiedad, el control absoluto de este derecho.

Pero un único caso, particularmente curioso, es el tratamiento que le da el texto constitucional de Guatemala, no sólo al derecho a la libertad de expresión, sino más, la declaratoria expresa de la exclusión del ámbito del derecho penal de la denuncia, crítica o imputación contra funcionarios o empleados públicos.

Podría considerarse al contenido de este texto, como pionero en el derecho comparado, pero lamentablemente queda empañado el reconocimiento con las normas del Código Penal de Guatemala, que castigan la ofensa e injuria contra los funcionarios públicos.

Las semejanzas en el resto de las constituciones, evidencian el reconocimiento del derecho a la libre expresión.

Normas nacionales que contemplan la tipificación de la figura del vilipendio o desacato

En **Bolivia**, el Código Penal, establece en su artículo 162: “El que por cualquier medio calumniare, injuriare o difamare a un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o a causa de ellas, será sancionado con privación de libertad de un mes a dos años. Si los actos anteriores fueren dirigidos contra el Presidente o Vicepresidente de la República, Ministros de Estado o de la Corte Suprema o de un miembro del Congreso, la sanción será agravada en una mitad.”

En **Brasil**, el Código Penal prevé en su artículo 331: “Desacatar al funcionario público en el ejercicio de sus funciones o en razón de ella. Tendrá una pena de detención de 6 meses a dos años o multa.”

En **Chile**, el Código Penal, consagra el desacato en los siguientes artículos:

“Artículo 263: El que de hecho o de palabra injuriare gravemente al Presidente de la República, o a alguno de los cuerpos colegisladores o a las comisiones de estos, sea en los actos públicos que lo representan, sea en el desempeño de sus atribuciones particulares, o a los tribunales superiores de justicia, será castigado con reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de once a veinte sueldos vitales.

Artículo 264: Cometén desacato contra la autoridad:

- 1. Los que perturban gravemente el orden de las sesiones de los cuerpos colegisladores y los que injurian o amenazan en los mismos actos a algún diputado o senador.*
- 2. Los que perturban gravemente el orden en las audiencias de los tribunales de justicia y los que injurian o amenazan en los mismo actos a un miembro de dichos tribunales.*
- 3. Los que injurian o amenazan:*

Primero: A un senador o diputado por las opiniones manifestadas en el Congreso.

Segundo: A un miembro de un tribunal de justicia por los fallos que hubiere dado.

Tercero: A los ministros de Estado u otra autoridad en el ejercicio de sus cargos.

Cuarto: A un superior suyo con ocasión de sus funciones.”

También el **Código de Justicia Militar chileno** de 1944⁴², con modificaciones a junio de 2000⁴³, contempla en su artículo 283, “...El que amenazare u ofendiere con palabras o gestos a centinela, guarda o fuerza armada, será castigado con la pena de prisión en su grado máximo a reclusión menor en su grado mínimo...”; asimismo, expresa en la segunda parte de su artículo 284 “El que ... ofendiere o injuriare de palabra o por escrito o por cualquier otro medio a las Fuerzas Armadas, sus unidades, reparticiones, armas, clases o cuerpos determinados, o a uno de sus integrantes con conocimiento de su calidad de miembro de esas instituciones, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio.”

Adicionalmente, la **Ley sobre las Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo chilena**, conocida como la Ley de Prensa, revocó ciertas disposiciones de la tristemente célebre Ley de Seguridad del Estado de 1958, incluido el artículo 6b, que penalizaba el insultar a altos funcionarios. Sin embargo, la nueva ley recoge varias disposiciones que preocupan al gremio de comunicadores sociales. En específico, la ley limita la definición de quién es periodista a aquellos que tengan título universitario reconocido válidamente y a “aquellos a quienes la ley reconoce como tales.”

El **Código Penal de Costa Rica**, prevé en su artículo 307: “Será reprimido con prisión de un mes a dos años, el que ofendiere el honor o el decoro de un funcionario público o lo amenazare a causa de sus funciones, dirigiéndose al personal o públicamente o mediante comunicación escrita, telegráfica o telefónica o por la vía jerárquica. La pena de seis meses a tres años, si

el ofendido fuera el Presidente de la Nación, un miembro de los supremos Poderes, Juez, Magistrado del Tribunal Supremo de Elecciones, Contralor o Subcontralor General de la República.”

En **Cuba, el Código Penal** consagra en su artículo 144: “El que amenace, calumnie, difame, insulte, injurie o de cualquier modo ultraje u ofenda, de palabra o por escrito, en su dignidad o decoro a una autoridad, funcionario público, o a sus agentes o auxiliares en ejercicio de sus funciones o en ocasión o con motivo de ellas, incurre en sanción de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas.”

El **Código Penal ecuatoriano**, refiere el desacato en su artículo 231: “El que con amenazas, injurias, amagos o violencia, ofendiere a cualquiera de los funcionarios públicos enumerados en el Art. 225, cuando estos se hallen ejerciendo sus funciones, o por razón de tal ejercicio, será reprimido con prisión de quince días a tres meses y multa de cincuenta a trescientos sucres. 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.”

La **legislación penal en El Salvador**, establece en su artículo 339: “El que con ocasión de hallarse un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o por razón de estas, ofendiere de hecho o de palabra su honor o decoro o lo amenazare en su presencia o en escrito que le dirigiere, será sancionado con prisión de seis meses a tres años. Si el ofendido fuere presidente o Vice Presidente de la República, Diputado de la Asamblea legislativa, Ministro o Subsecretario de Estado, magistrado de la

42 ASTROSA HERRERA, Renato, “Derecho Penal Militar”, Editorial Jurídica de Chile, Editorial Universitaria, S.A., San Francisco, Santiago de Chile, 1971, pp. 205-208.

43 Colegio de Abogados Puerto Montt, Directorio de Derecho Chileno, En: <http://colegioabogados.org/normas/codice/militar.htm>

Corte Suprema de Justicia o Cámara de segunda Instancia, Juez de Primera Instancia o Juez de Paz, la sanción podrá aumentarse en una tercera parte de su máximo.”

El **Código Penal de Guatemala**, hace una pequeña distinción en un par de artículos, a saber:

“Artículo 411: Quien ofendiere en su dignidad o decoro, o amenazare, injuriare o calumniare a cualquiera de los Presidentes de los Organismos del Estado, será sancionado con prisión de uno a tres años.

Artículo 412: Quien amenazare, injuriare, calumniare o de cualquier otro modo ofendiere en su dignidad o decoro, a una autoridad o funcionario en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.”

La **legislación penal en Haití**, es bastante específica en cuanto a la forma de tipificación del delito:

“183- Cuando uno o varios magistrados del orden administrativo o judicial o jefe comunal hayan recibido en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de este ejercicio, cualquier ofensa oral o escrita, tendiente a agraviar su honor o su sensibilidad, aquel que lo haya ofendido será sancionado con prisión de 3 meses a 1 año.

184- La ofensa efectuada por medio de gestos o amenazas a un magistrado o a un jefe comunal en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de este ejercicio será sancionado con prisión de un mes a un año.

185- La ofensa efectuada por medio de gestos, palabras o amenazas a todo oficial ministerial o agente depositario de la fuerza publica, en el que en ejercicio o con ocasión del ejercicio de sus funciones, será castiga-

do con una multa de 16 gourdes a 40 gourdes.

Artículos 390 y 393 del Código Penal:

390-10 Serán castigados con multa de 2 a 4 piastres inclusive, aquellos que sin haber sido provocados hallan proferido injurias, distintas de las previstas en el artículo 313 hasta el artículo 323 inclusive.

393 - La pena de prisión contra todas las personas mencionadas en el artículo 390 siempre tendrá lugar, durante tres días.”

El **Código Penal de Honduras**, establece en su artículo 345: “Se sancionará con prisión de dos a cuatro años a quien amenaza, calumnie, injurie, insulte o de cualquier otro modo ofenda en su dignidad a una autoridad publica con ocasión del ejercicio de sus funciones, ya sea de hecho, de palabra o por escrito. Si el ofendido fuere el Presidente de la República o alguno de los altos funcionarios a que se refiere el Artículo 325, anterior, la reclusión será de tres a seis años.”

Sobre este particular, en un informe presentado por un grupo de periodistas independientes el 27 de Febrero del 2001, en las sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Washington, D.C., se evidencia la incompatibilidad de la legislación penal hondureña con los estándares internacionales de protección a la libertad de expresión:

“De modo claro, esta protección especial de la que gozan los funcionarios públicos en nuestro país, al contrario de lo que imponen las obligaciones internacionales, limita de manera ilegítima la libertad de expresión garantizada en el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este sentido, sólo resulta acorde con los estándares internacionales de derechos humanos en la materia que la protección del

honor de las personalidades públicas debe ser atenuada cuando se discuten temas de interés público, en comparación con la que se brinda a los simples particulares; que la protección de su honor cede ante el derecho a informar y ser informado.

“El principal problema que presenta la criminalización de la crítica política es el “chilling effect”⁴⁴, esto es, el efecto intimidante que sobre la prensa produce la legislación penal. En este sentido se ha pronunciado de manera expresa esta Ilustre Comisión cuando entendió que: “... las leyes de desacato restringen indirectamente la libertad de expresión porque traen consigo la amenaza de cárcel o multa para quienes insultan u ofenden a un funcionario público...”

El temor a sanciones penales necesariamente desalienta a los ciudadanos a expresar sus opiniones sobre problemas de interés público, en especial cuando la legislación no distingue entre los hechos y juicios de valor”.

“Estos estándares han sido confirmados dentro de la Declaración de Principios de la Libertad de Expresión, aprobada por esta Comisión durante su 108 período de sesiones.

En la doctrina de la jurisprudencia del Sistema Interamericano y también del Sistema Europeo, la libertad de expresión es vista como una condición necesaria para la existencia de un debate público sobre asuntos políticos o de interés general, debate que es esencial para la existencia misma de la sociedad democrática. Por lo tanto, el nivel del protec-

ción del derecho dependerá en forma directamente proporcional a la vinculación que el caso tenga con el debate de asuntos de interés público.

Es así que aquellas expresiones referidas a temas exclusivamente políticos recibirán un nivel de protección muy importante, como consecuencia directa de su contenido⁴⁵.

Si bien es cierto que hasta el momento no conocemos de personas que hayan sido procesadas por desacato, esta circunstancia se debe probablemente, al hecho de la reciente entrada en vigencia de la figura penal citada. Sin embargo, sí conocemos varios en los cuales se ha perseguido penalmente a quienes se han expresado críticamente contra funcionarios públicos, a través de las figuras de calumnia e injurias, definidas legalmente como delitos de acción privada..”⁴⁶

También en México, el Código Penal consagra en su artículo 189: “Al que cometa un delito en contra de un servidor público o agente de la autoridad en el acto de ejercer lícitamente sus funciones o con motivo de ellas, se le aplicará de uno a seis años de prisión, además de la que corresponda por el delito cometido.”

El **Código Penal de Nicaragua** es explícito en esta materia, cuando prevé en su artículo 347, que cometen desacato contra la autoridad:

“1. Los que provocan a duelo, calumnian, injurian o insultan de hecho o de palabra, amenazan a un funcio-

44 “The opinion of the Court conclusively demonstrates the chilling effect of the Alabama libel laws on First Amendment freedoms (376 US 254, 301, en “New York Times v. Sullivan”, Corte Suprema de los Estados Unidos, En: Periodistas Frente a la Corrupción, Situación de la Libertad de Expresión en Honduras, En: www.probidad.org

45 “...la libertad de las controversias políticas pertenecen al corazón mismo del concepto de sociedad democrática”, Corte Europea de Derechos Humanos, caso “Lingens”, sentencia del 8 de julio de 1986, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, En: Ibídem.

46 Periodistas Frente a la Corrupción, Situación de la Libertad de Expresión en Honduras, www.probidad.org

nario público en ejercicio de sus funciones o en ocasión de ellas, en su presencia, o en notificación o escrito que se les dirija;

2. *Los que causan grave perturbación del orden en los Juzgados y Tribunales y en cualquier otro punto en que las autoridades o funcionarios públicos estén ejerciendo sus funciones;*
3. *Los que, no estando autorizados por la ley, entran armados, manifiesta u ocultamente, al salón de sesiones del Congreso, al de cualquiera de las Cámaras Legislativas o a cualquiera Juzgado o Tribunal;*
4. *Los que impiden que un representante o funcionario público concurre a su cámara o despacho;*
5. *Los que desobedecen abiertamente a la autoridad.”*

El **Código Penal de Panamá**, prevé en un par de artículos la figura del vilipendio en los siguientes términos:

“Artículo 307: El que ofenda o ultraje públicamente al Presidente de la República o quien lo sustituya en sus funciones, será sancionado con prisión de 6 meses a 1 año y de 50 a 100 días-multa.

Artículo 308: El que vilipendie públicamente a uno de los órganos del Estado, será sancionado con prisión de 6 meses a 1 año y de 50 a 100 días de multa.”

Por su parte, **la norma penal peruana**, prevé en su artículo 374: “El que amenaza, injuria o de cualquier otra manera ofende

la dignidad o el decoro de un funcionario público a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de ejercerlas, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años. Si el ofendido es el presidente de uno de los poderes del Estado, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años.”

Como agravante de los delitos de difamación e injuria, prevé el **Código Penal de República Dominicana**, en su artículo 368: “La difamación o la injuria publica dirigida contra el Jefe del Estado, se castigará con la pena de tres meses a un año de prisión, y multa de diez a cien pesos y la accesoria durante un tiempo igual al de la condena, de inhabilitación absoluta y especial de los derechos civiles y políticos de que trata el artículo 42”. Asimismo, en el artículo 369, estima que “La difamación o la injuria hechas a los Diputados, o Representantes al Congreso, a los Secretarios de Estado, a los magistrados de la Suprema Corte o de los tribunales de primera instancia, o a los Jefes y Soberanos de las naciones amigas, se castigara con prisión de uno a seis meses y multa de cincuenta pesos.”

El **Código Penal de Uruguay**, consagra el desacato en su artículo 173:

“Se comete desacato, menoscabando la autoridad de los funcionarios de alguna de las siguientes maneras:

1. *Por medio de ofensas reales, escritas o verbales, ejecutadas en presencia del funcionario o en lugar en que este ejerciere sus funciones, o fuera del lugar y de la presencia del mismo, pero en estos dos últimos casos, con motivo o a causa de la función.*
2. *Por medio de la desobediencia abierta, al mandato de los funcionarios.*

Se consideran ofensas reales, el penetrar con armas en el lugar donde los funcionarios ejercieren sus funciones, la violencia en las cosas; los gritos y ademanes ofensivos, aun cuando no se dirijan contra estos. El delito se castiga con tres a dieciocho meses de prisión.”

En **Venezuela**, nuestro **Código Penal**, que data de 1926 y fue reformado en 1964, establece un conjunto de disposiciones sobre este delito, en los términos siguientes:

“Artículo 223: El que de palabra u obra ofendiere de alguna manera el honor, la reputación o el decoro de un miembro del Congreso, o de algún funcionario público, será castigado del modo que sigue, si el hecho ha tenido lugar en su presencia y con motivo de sus funciones:

- 1. Si la ofensa se ha dirigido contra algún agente de la fuerza pública, con prisión de uno a tres meses,*
- 2. Si la ofensa se ha dirigido contra un miembro del Congreso o algún funcionario público, con prisión de un mes a un año, según la categoría de dichas personas.*

Artículo 226: El que de palabra o de obra ofendiere de alguna manera el honor, la reputación, decoro o dignidad de algún cuerpo judicial, político o administrativo, si el delito se ha cometido en el acto de hallarse constituido, o de algún magistrado en audiencia, será castigado con prisión de tres meses a dos años. Si el culpable ha hecho uso de violencia o amenazas, la prisión será de seis meses a tres años. El enjuiciamiento no se hará lugar sino mediante requerimiento del cuerpo ofendido. Si el de-

lito se ha cometido contra cuerpos no reunidos, el enjuiciamiento solo se hará lugar mediante requerimiento de los miembros que los presiden. Este requerimiento se dirigirá al Representante del Ministerio Público para que promueva lo conducente.

Artículo 227: En los casos previstos en los artículos precedentes, no se admitirá al culpable prueba alguna sobre la verdad ni aun sobre la notoriedad de los hechos o de los defectos imputados a la parte ofendida.

Artículo 228: Las disposiciones establecidas en los artículos precedentes no tendrán aplicación si el funcionario público ha dado lugar al hecho, excediendo con actos arbitrarios los límites de sus atribuciones.

Artículo 229: En todos los demás casos no previstos por una disposición especial de la ley, el que cometa algún delito contra un miembro del Congreso, o cualquier funcionario público por razón de sus funciones, incurrirá en la pena establecida para el delito cometido, mas el aumento de una sexta a una tercera parte.

Además de los artículos antes citados, existe una acción por inconstitucionalidad contra leyes de desacato presentada ante el Tribunal Supremo de Justicia por el abogado Rafael Chavero, en la cual se incluyen además de los citados, los artículos 141, 148, 149, 150, 151, 152, 444, 445, 446, 447 y 450 del Código Penal. Pero curiosamente sólo solicita la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas previstas en el Código Penal, sin incluir, aquellas del Código de Justicia Militar que aún se mantienen vigentes.

En este sentido, el **Código de Justicia Militar**⁴⁷, prevé por ejemplo, en su artículo

47 Código de Justicia Militar, 17 de julio de 1938, “Leyes y Reglamentos”, Tomo I, Ministerio de la Defensa, República de Venezuela, Diciembre 1977, pp-12-1 a 12-90.

505 que: “Incurrirá en la pena de tres a ocho años de prisión el que en alguna forma injurie, ofenda o menosprecie al Ejército o a la Armada Nacionales o alguna de sus unidades.”

Al respecto ha comentado Germán Balda Cantisani⁴⁸, que en el Derecho Militar, el ultraje como delito puede ir dirigido al centinela ... o la Armada. Revistiendo carácter de gravedad cuando el hecho de atacar al centinela ocurriere en campaña. El delito puede ser cometido por civiles o por militares, ya que el Código no determina, como sujeto de él, en la mayoría de los casos solamente a hombres de armas. De hecho, solo el artículo 506 del Código de Justicia Militar, se refiere dentro de esta tipicidad a los militares como sujetos, cuando obren delante de tropas o en cualquier establecimiento o dependencia militar, y al establecer para éstos la pena accesoria de expulsión. Es interesante el comentario, cuando prosigue Balda Cantisani analizando que el término centinela, empleado por el Código de Justicia Militar, no se refiere únicamente al soldado que vela guardando el puesto que se le encarga, sino que lo hace extensivo, a los efectos del ultraje, a los encargados del servicio telegráfico o telefónico o cualquier otro servicio de comunicaciones militares.⁴⁹

Un análisis comparativo nos muestra la evidente contradicción que existe entre las normas constitucionales *supra* revisadas, que protegen el derecho a la libertad de expresión por una parte y el contenido de las leyes penales que consagran el delito de vilipendio o desacato con penas de prisión, estableciendo de esta manera una sanción cuyo contenido está dirigido esencialmente a la privación de la libertad personal de la

persona, con agravantes en la mayoría de los casos expuestos, según se refiera al grado o calificación del funcionario del poder público sobre cuya conducta recaiga la expresión, por ejemplo, el Presidente de la República o Presidentes de los órganos o poderes públicos del Estado.

La consagración del delito, bien denominado desacato, bien vilipendio, o bien disfrazado bajo los títulos de injuria, calumnia u ofensa, establecen además de las penas privativas libertad personal, en la mayoría de los casos, el pago de sumas de dinero como sanción pecuniaria por la falta cometida.

Es lamentable que todavía se mantenga vigente una herencia del viejo modelo español, pese a que España derogó parcialmente su normativa penal interna en 1995.

El engañoso título de la Ley de Libertad de Prensa francesa de 1881 sirve como modelo no sólo en las ex colonias francesas de África, sino también en los países de la ex órbita soviética, donde se convirtieron en norma nuevas leyes que protegen “el honor y la dignidad” de presidentes y otros funcionarios.

En Europa, la ley francesa no se usa desde que Charles De Gaulle era presidente. También hay leyes de desacato en desuso en Austria, Alemania, Holanda, Portugal, Italia y otros países. En Escandinavia, Dinamarca todavía se protege teóricamente del insulto a su soberano. Noruega tiene una ley similar y Suecia eliminó esta ofensa en 1976 y otras formas de desacato. Casos especiales son Grecia y Turquía, donde las leyes de desacato se usan regularmente.⁵⁰

Pese a la consagración explanada tanto del delito de vilipendio o desacato como

48 Cfr. BALDA CANTISANI, Germán, “Derecho Penal Militar”, De los Ultrajes al Centinela, a la Bandera y al Ejército o a la Armada, Editorial San Camilo, Caracas, Venezuela, Impreso en Talleres Gráficos Claridad, Buenos Aires, Argentina, 1949, pp.186-192.

49 Véase el artículo 503 ejusdem.

50 Medios y Libertad de expresión en las Américas, “Escondiéndose del pueblo”, En: www.icfj.org/libertad-prensa/desacato.html

de la libertad de expresión y la contradicción o antagonismos que pudieran encontrarse en una misma legislación nacional, acrecentado con la incorporación de los instrumentos internacionales y el desarrollo que estos han tenido en el ámbito universal y regional, sería conveniente recordar en palabras del Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos, quien en su Informe Anual de 1998⁵¹, observa que en una democracia pluralista y tolerante, es crucial para el sistema que los funcionarios públicos estén más expuestos al escrutinio de la ciudadanía u opinión pública. Las leyes de desacato buscan precisamente evitar el debate público y que los funcionarios

públicos sean objeto de escrutinio o crítica. De esta manera, las leyes de desacato más que cumplir una función de protección de la libertad de expresión o de los funcionarios públicos, son normas que limitan la libertad de expresión y debilitan el sistema democrático. Asimismo, el Relator observa que en muchos Estados del continente aún siguen existiendo normas que consagran la figura del desacato y que éstas continúan siendo utilizadas por las diversas autoridades públicas, con el objeto de acallar a sus críticos, lo que trae consigo una limitación ilegítima a la libertad de expresión en esos Estados y que el sistema democrático pueda verse debilitado.

51 Cfr. Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión 1998, OEA/Ser.L/VII.102, Doc. 6 rev., 16 abril 1999.

Capítulo II El vilipendio y su relación con la libertad de expresión

a) El fundamento de la libertad de expresión

La libertad de expresión, desde su desarrollo progresivo asociado a las revoluciones políticas de la modernidad que implicaron la sustitución de los argumentos propios de la divinidad por los relacionados con la racionalidad de los ciudadanos, configura un valor que exige una aproximación interdisciplinaria que hereda argumentos de la política y la filosofía. El fundamento de la libertad de expresión también recurre a expresiones de una perspectiva económica que intenta reducir el valor de la expresión a un “bien” que se transa en el “libre mercado de las ideas”.

Las aproximaciones están estrechamente relacionadas con los contextos sociales políticos que se expresan históricamente en el devenir de los hechos, así los fundamentos y deducciones son productos sociales que interpretan una visión de la realidad basados en unos hechos socio históricos concretos que procuran una proyección que les trasciende a lo inmediato. La influencia del pensamiento económico utilitarista de las elaboraciones políticas y filosóficas se observa en el desarrollo de las ideas relacionadas con la esfera de lo público, que procuran garantizar las posibilidades del mercado y los derechos de los individuos a intervenir en él. La tradición utilitarista del pensamiento político se observa de modo recurrente en torno al fin último de los fundamentos de la libertad de expresión que se utilizan en la jurisprudencia de inicios del siglo XX, que trasciende las fronteras de lo meramente jurídico e incorpora los elementos de pensamiento político y económico en las consideraciones de las decisiones.

Hasta la revolución del siglo XVIII, los derechos de publicar las ideas por la

prensa y expresar los pensamientos estuvieron sometidos a la censura previa de las autoridades civiles y eclesiásticas. El Estado absolutista monárquico era el enemigo de los derechos de publicar las ideas por la prensa y expresar los pensamientos. Con el advenimiento del Estado moderno y las revoluciones de 1688 en Inglaterra, 1776 en los Estados Unidos y 1789 en Francia, se produjeron profundas transformaciones políticas, económicas y sociales, y se proclamó como derecho inalienable del hombre el publicar las ideas por la prensa sin censura previa. En los Estados Unidos, en particular, se estableció como piedra angular de su constitución política que no podían ser objeto de restricciones los derechos de expresión, prensa, reunión y culto. Fue el tiempo histórico de la cristalización de las ideas liberales, por una parte, y las democráticas, por la otra, hasta alcanzar, en algunas naciones, el grado simbiótico de demoliberalismo. Al término de la Segunda Guerra Mundial, con los avances de la ciencia y de la técnica, la prensa escrita, la radio y la televisión crecieron en importancia de modo exponencial y modificaron la relación de fuerzas.

El desarrollo del fundamento de la libertad de expresión se debate entre diversas influencias y tensiones. Una perspectiva la asume como un derecho inherente a la persona humana, de modo iusnaturalista, incluye a este derecho inmanente a la naturaleza misma de los individuos. En esta línea de pensamiento se inscriben las consideraciones de los autores del liberalismo político que consideran que la libertad de expresión es uno de los derechos que se reservaron los individuos al establecer el Estado. Junto a esta considera-

ción que tiene a la libertad de expresión como un derecho individual, algunos autores colocan los argumentos relacionados con la autorrealización personal, como uno de los fundamentos propios para valorar a este derecho. Otros fundamentos se asocian a la libertad de expresión con la búsqueda de la verdad, que considera una relativización de las verdades a través de su discusión en la esfera pública. Una tercera tipología de los argumentos se centra en la finalidad política de la libertad de expresión, como artificio para la participación y supervisión ciudadana de los entes y actores públicos. En líneas generales se pueden agrupar en tres grandes categorías de razones para la libertad de expresión: los que consideran a la libertad de expresión como un derecho individual pre normativo de recolectar la información y buscar la verdad; los relativos a la autorrealización personal y los referidos al autogobierno en una sociedad democrática.

A continuación, intentaremos analizar las argumentaciones que agrupamos en las tres grandes categorías de razones o fundamentos relativos a la libertad de expresión y adicionalmente incorporamos algunas bases teóricas complementarias. En este capítulo utilizaremos la jurisprudencia de las cortes estadounidenses, por cuanto tiene gran influencia para la tradición legal interamericana y europea, que desarrollaremos en extenso más adelante. Además de las referencias a los clásicos textos de

Filosofía Política, recurrimos a los autores estadounidenses que influyeron en la configuración de la doctrina jurídica.

Derecho individual pre normativo y autorrealización personal

Algunos autores deslindan estas dos categorías de argumentos y promueven un análisis para cada uno de ellos. En nuestro caso asumimos su consolidación porque existen lazos estrechos entre sí. La fuente de los argumentos es el liberalismo del siglo XIX⁵² y asocia a este derecho como una reserva de los individuos en la configuración de los pactos primigenios de la fundación de los Estados. Es decir un derecho retenido para constituir una barrera al ejercicio del poder estatal.⁵³ Para algunos autores como Ronald Dworkin, este derecho aparece íntegramente vinculado con conceptos fundamentales de dignidad humana.⁵⁴ De ese modo se desvanece la pretensión utilitaria del derecho para cobrar autonomía y sentido propio sin mayor anhelo o finalidad. De algún modo se considera que la libertad de expresión debe ser valorada, no como un medio, sino como un fin en si mismo. Está vinculado con la autonomía y la dignidad de la persona. La libertad de expresión es especialmente valiosa porque reivindica la posibilidad de expresar la propia opinión de un modo desafiante, firme e irreverente, sólo porque es la propia opinión.⁵⁵

52 BENTHAM, Jeremy (1748-1832) es el fundador del utilitarismo. Dentro de la gran tradición liberal, el utilitarismo busca ajustar al iusnaturalismo que se basaba en los derechos naturales del hombre. Sus postulados pueden resumirse así: no es posible justificar nada, si no se comprueba científicamente. La explicación se da a través de los resultados observables. Una sociedad es más justa cuando permite que los individuos puedan perseguir libremente los intereses de cada quien. La búsqueda de sus fines y la consecución de sus objetivos lleva a la felicidad. La suma de los individuos felices tiene como resultado una sociedad feliz.

53 FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, "El fundamento de la libertad de expresión", Separata del Tomo I, Libro Homenaje a Fernando Parra Aranguren, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV, Caracas, 2002, pp. 281-285.

54 DWORKIN, Ronald, citado por FAÚNDEZ, Ibídem, pp. 282-283.

55 BIANCHI, Enrique Tomás y GULLCO, Hernán Víctor, "El derecho a la libre expresión" Análisis de fallos nacionales y extranjeros, Librería Editora Platense S.R.L., La Plata 1997, p. 11.

Cfr. FAYT, Carlos S. "La corte suprema y sus 198 sentencias sobre comunicación y periodismo estrategias de la prensa ante el riesgo de extinción". Mimeo. pp. 16-17.

Voto concurrente del juez Marshall en "Procurier vs. Martínez" (416 US 396, 427-1974), En: BIANCHI, Enrique Tomás y GULLCO, Hernán Víctor, op. cit., p. 11.

En su tratado *The System of Freedom of Expression*, publicado en 1970, Thomas I. Emerson, desvinculó a la libertad de expresión del estándar del "auto-gobierno". Aparecen en escena la prueba de la "auto-realización" y su fundamentación partía de la premisa de que el fin adecuado del hombre es la realización de su carácter y potencialidades como ser humano. En ese sentido, la expresión es un proceso esencial para promover el conocimiento y descubrir la verdad; un individuo que busca conocimiento y verdad debe oír todas las versiones, considerar todas las alternativas, poner a prueba su opinión, sometiéndola a la oposición, y utilizar plenamente tendencias diferentes. La confrontación de las ideas, el debate abierto, es un método eficaz para disminuir el coeficiente de error y aproximarse a la verdad. La libertad de expresión resulta esencial para proveer lo que fuera necesario para la participación en la toma de decisiones por parte de todos los miembros de la sociedad. La democracia se basa en el consenso de los gobernados. A fin de ejercer ese derecho prenormativo, los gobernados deben tener plena libertad de expresión. El debate abierto de las ideas, a juicio de Emerson, promovía, además de un juicio racional, una mayor cohesión en una sociedad, porque las personas están más preparadas para aceptar decisiones que para oponerse a ellas y forman parte del proceso de la toma de decisiones. En suma, para Emerson la libertad de expresión es esencial como un medio de asegurar la "auto-realización individual".⁵⁶

Esta postura se evidencia en uno de los párrafos de esta sentencia del juez Marshall: "La Primera enmienda no sirve solamente a las necesidades de la organización política sino también a aquellas del espíri-

tu humano, un espíritu que requiere autoexpresión. Tal expresión es una parte integral del desarrollo de las ideas y proporciona al sujeto un sentido de identidad. Suprimir esa expresión es rechazar el deseo humano básico que procura reconocimiento y afrentar la dignidad y valía individual".⁵⁷

La libertad de expresión está consagrada como parte del Derecho positivo, superando las consideraciones de iusnaturalismo. Algunos autores consideran que en torno a la libertad de expresión se articulan y toman sentido otros derechos civiles, tales como la libertad de conciencia y religión, el derecho de reunión, o la libertad de asociación y así se contempla en el Derecho Internacional. De hecho consideran que en relación a los otros derechos la libertad de expresión tiene un carácter instrumental.⁵⁸ A juicio de Faúndez, la libertad de expresión, en el contexto de los tratados internacionales de Derechos Humanos, está sometida a los componentes de alteridad que implican limitaciones inherentes a las necesidades propias del bienestar general. De este modo en el Derecho Internacional se encuentra asidero para esta teoría que considera a la libertad de expresión como un derecho inherente al individuo.⁵⁹

Las críticas a esta perspectiva cuestionan que la libertad de expresión sea acreedora de una protección judicial mayor de la que gozan otras formas de conducta que están orientadas a la realización personal. Si se protege a la libertad de expresión porque ella busca el placer o el disfrute, el Estado podría regular la expresión de la misma manera en que lo hace con otras actividades que persiguen el objetivo de la autogratificación.⁶⁰

56 FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, (2002), op. cit. p. 284.

57 *Ibidem*, pp. 284-285.

58 BIANCHI, Enrique Tomás y GULLCO, Hernán Víctor, op. cit. p. 12.

59 Citado por FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor (2002), op. cit. p. 285.

60 John Stuart Mill, filósofo y economista británico (1806-1873), se le considera figura de transición entre la inquietud del siglo XVIII por la libertad, la razón y la exaltación del ideal científico y la tendencia del XIX

La búsqueda de la verdad

Los antecedentes de estos postulados corresponden a una concepción formulada por el poeta inglés John Milton, en 1644. Milton sostenía que en un encuentro libre y abierto, la verdad podría vencer al error, y que sólo en esta forma podía probarse la virtud, saliendo fortalecida de esta confrontación.⁶¹ El desarrollo de esta teoría se debe en gran medida al filósofo y economista británico John Stuart Mill⁶², especialmente en su texto clásico “Sobre la libertad” en el que resume los cuatro motivos por los que considera necesaria la libertad de expresar las opiniones:

Primero, aunque una opinión sea reducida al silencio, puede muy bien ser verdadera; negarlo equivaldría a afirmar nuestra propia infalibilidad.

En segundo lugar, aun cuando la opinión reducida al silencio fuera un error, puede contener, lo que sucede la mayor parte de las veces, una porción de verdad; y puesto que la opinión general o dominante sobre cualquier asunto raramente o nunca constituye toda la verdad, no hay otra oportunidad de conocerla por completo más que por medio de la colisión de opiniones adversas.

En tercer lugar, incluso en el caso en que la opinión recibida de otras generaciones contuviera la verdad y toda la verdad, si no puede ser discutida vigorosa y lealmente, se la profesará como una especie de pre-

*juicio, sin comprender o sentir sus fundamentos racionales. Y no sólo esto, sino que, en cuarto lugar, el sentido mismo de la doctrina estará en peligro de perderse, o de debilitarse, o de ser privado de su efecto vital sobre el carácter y la conducta; ya que el dogma llegará a ser una simple fórmula, ineficaz para el bien, que llenará de obstáculos el terreno e impedirá el nacimiento de toda convicción verdadera, fundamentada en la razón o en la experiencia personal.*⁶³

Las consideraciones de Stuart Mill, están impregnadas del espíritu de la ilustración que reivindica a la razón como instrumento de la perfectibilidad humana y por ello valora la libre expresión como espacio para el desarrollo y búsqueda de la verdad.

En el contexto de la Primera Guerra Mundial, se dictaron la “Espionage Act” y la “Sedition Act”, que penaban las publicaciones que se opusieran al esfuerzo bélico o pretendieran crear un estado de opinión contrario a la intervención americana en la guerra europea. En los casos “Schenck vs. United States”, 249 U.S. 47 (1919), y “Abrams vs. United States”, 250 U.S. 616 (1919), resueltos por la Suprema Corte, se utilizaron estos argumentos para determinar si las publicaciones cuestionadas podían causar, en palabras del Juez Oliver Wendell Holmes, los males esenciales que el Congreso tiene el derecho de prevenir. Estas decisiones marcaron un viraje hacia la moderna teoría de la libertad de expresión, al asociar la protección de la expresión con una búsqueda de la verdad en una

hacia el empirismo y el colectivismo. En filosofía, sistematizó las doctrinas de Jeremy Bentham en obras como Utilitarismo (1836), donde defendía que el conocimiento descansa sobre la experiencia humana y promovía el papel de la razón humana. En economía política, Mill defendió a las prácticas que creía acordes con la libertad individual, y recalcó que la libertad estaba amenazada tanto por la desigualdad social como por la tiranía política, ideas que expuso en el que quizá sea el más famoso de sus ensayos, Sobre la Libertad (1859).

61 STUART MILL, John. “Sobre la libertad”, Ediciones Orbis, Barcelona, España, 1984. p.70.

62 FAYT, Carlos, op. cit. SN. , 250 US 616 (1919), Cfr. FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor (2002), op. cit. pp. 286-287.

63 BIANCHI, Enrique Tomás y GULLCO, Hernán Víctor, op. cit. pp. 10-11.

sociedad democrática y asegurar una mayor participación de los ciudadanos en los procesos de democratización e industrialización. Una pieza clave de la apertura hacia una protección amplia de la libertad de expresión fue el tratado de Zechariah Chafee, titulado *Freedom of Speech*, publicado en 1920, en el que examina el período anterior a la Primera Guerra Mundial, de limitada protección constitucional, para descartar los argumentos de "las restricciones previas" y "el poder de policía estatal" y su nexos con los casos de debido proceso, y centró su reformulación en el "interés social" por acrecentar la participación política y la indagación de las cuestiones de la administración y el gobierno de la sociedad norteamericana. Es decir que la protección constitucional de la libertad de expresión facilitaba la búsqueda de la verdad en el mercado de las ideas. Según Chafee, la libre expresión excede lo individual para convertirse en un interés social en el logro de la verdad, en forma tal que el país no sólo adoptaría la posibilidad más inteligente de acción, sino que también lo llevará a cabo de la mejor manera. De ahí que aun en tiempos de guerra, la expresión debía ser protegida a menos que estuviera claramente sujeta a causar una interferencia directa y peligrosa en la conducción de la guerra. En su disidencia en el caso "Abrams", el Juez Holmes escribió:

"Cuando los hombres se den cuenta de que el tiempo ha alterado muchos compromisos de lucha, podrán llegar a creer aún más de lo que consideran que son los fundamentos mismos de su propia conducta, que el último bien deseado es mejor alcanzado a través del libre intercambio de las ideas; que la mejor prueba de la verdad es el poder

*del pensamiento de ser aceptado en la competencia del mercado, y que la verdad es la única base sobre la cual sus deseos pueden ser llevados a cabo de manera segura."*⁶⁴

Las razones de Stuart Mill y del juez Holmes, recibieron cuestionamientos, al primero se le indica que existen otros valores además de la búsqueda de la verdad, que en determinadas circunstancias son preferidos frente a la verdad (la intimidad de los particulares, la armonía social, el secreto de algunos asuntos de Estado...); por otra parte los argumentos son válidos para las ideas u opiniones, pero que su análisis no es equivalente para la información de hechos o expresiones que no podrían considerarse ideas y por último que la experiencia demuestra que no siempre prevalece la verdad y que por tanto se sobreestima el papel del debate intelectual. En relación con los argumentos del Juez Holmes, se dice que la metáfora, de libre mercado de las ideas, está tomada de la teoría económica y que por tanto se le pueden hacer las mismas observaciones: no existe una equidad en el mercado y algunos lo controlan.⁶⁵

El autogobierno en una sociedad democrática

En 1927, en el caso "Whitney vs. California", 274 U.S. 357, el Juez Louis Brandeis elaboró su voto concurrente argumentando la teoría del "auto-gobierno". En la causa se cuestionaba la constitucionalidad de la condena de Anita Whitney fundada en la aplicación de una ley penal de California que permitía configurar como punible su asistencia, en Oakland, para estable-

64 FAYT, Carlos, op. cit. SN., 250 US 616 (1919), Cfr. FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor (2002), op. cit. pp. 286-287.

65 BIANCHI, Enrique Tomás y GULLCO, Hernán Víctor, op. cit. pp. 10-11.

cer una filial del partido Laborista Comunista en California. La Corte confirmó la condena por considerar propio del poder de policía estatal la supresión de doctrinas que predicaban la revolución. En sus votos, Brandeis y Holmes reconocieron el derecho de Whitney a afiliarse a un partido político que en su programa expresara "el deseo de una revolución proletaria a través de una acción, en masa, algún día necesariamente lejano en el futuro". Brandeis, por su parte, expresó lo siguiente:

"Aquellos que ganaron nuestra independencia creyeron que el fin último del Estado era hacer a los hombres libres para desarrollar sus facultades; y que, en su gobierno, las fuerzas deliberativas deben prevalecer sobre la arbitrariedad. Valoraron la libertad como un fin y como un medio... Creyeron que la libertad de pensar como se desea y de hablar como se piensa constituyen medios indispensables al descubrimiento y difusión de la verdad política... que la mayor amenaza a la libertad es la gente inerte; que la discusión pública es un deber político; y que esto debe ser un principio fundamental del gobierno norteamericano... Al creer en el poder de la razón tal como se aplica a través del debate público, escapan al silencio forzado por la ley -el argumento de la fuerza constituye su peor forma. Al reconocer las tiranías ocasionales de las mayorías gobernantes, enmendaron la Constitución a fin de que la libertad de expresión y de reunión estén garantizadas".

Surgía la prueba del "auto-gobierno" como fundamento de la protección constitucional de la libre expresión, considerándola una pieza fundamental del proceso a través del cual los ciudadanos norteameri-

canos establecieron su propio gobierno. Brandeis consideró función de la justicia fijar "el estándar a través del cual determinar cuándo un peligro debería ser considerado claro; cuán remoto puede ser el peligro; y qué grado de daño debe ser suficientemente substancial para justificar una restricción a la libertad de expresión y de reunión". Señaló, asimismo, que "sólo una emergencia puede justificar la represión" y "ésta debe ser la regla si se pretende reconciliar a la autoridad con la libertad". A partir del caso Whitney, la libertad de expresión pasó a tener una posición preferencial en la jurisprudencia constitucional norteamericana, es decir, una protección judicial mayor que otros derechos.⁶⁶

Entre 1927 y los primeros años de la década de los 50, la mayoría de la Corte utilizó el estándar de la "posición preferencial", sin otra justificación que considerarla inseparable del ideal de la democracia. La Corte en sucesivas decisiones protegió la libertad de expresión asociada a temas políticos y no así las de carácter comercial. En el caso "Murdock vs. Pennsylvania", 319 U.S. 105 (1942), se dejó clara la posición preferencial de la libertad de expresión al declarar el Juez Douglas, en nombre de la mayoría, que "la libertad de prensa, la libertad de expresión, la libertad de culto, se encuentran en una posición preferencial", pero no la actividad comercial, ni siquiera las expresiones que conllevan una transacción comercial.⁶⁷

Alexander Meiklejohn, en su tratado "Free Speech and Its Relation to Self-Government", señaló la necesidad de distinguir "si la expresión era pública o privada, irrestringible o restringible"; negó "la conexión entre el mercado de las ideas y una búsqueda de la verdad" y puso énfasis en el "auto-gobierno", en la responsabilidad cívica y en "la búsqueda colectiva de infor-

66 FAYT, Carlos, op. cit. SN.

67 *Ibidem*.

mación". Meiklejohn limitó el argumento de la "expresión" protegida a la expresión pública. Considerando que entre las expresiones privadas no protegidas estaban las calumnias e injurias, la obscenidad, las expresiones comerciales y la revelación no autorizada de información privada. Restó a la búsqueda de la verdad su conexión con el mercado y la limitó a las cuestiones de interés público y al fomento de la participación de los ciudadanos en el gobierno de una sociedad democrática. Nació como fundamento de la protección constitucional de la libertad de expresión el argumento del "auto-gobierno".⁶⁸

Las consideraciones de las decisiones de la jurisprudencia estadounidense se extienden en los argumentos que tienen a la libertad de expresión como indispensable para proteger la libre discusión de los asuntos de gobierno. En el caso **New York Times Co. vs. Sullivan**, se reconoció el principio que los asuntos públicos deben ser debatidos de un modo desinhibido y amplio. Lo que incluye la posibilidad de ataques vehementes, cáusticos y en ocasiones agudos contra los funcionarios gubernamentales y públicos. Se sostiene de un modo prácticamente unánime que la relación de la libertad de expresión con el sistema democrático es la principal justificación para tratarla de un modo preferente. La sobrestimación del carácter de la expresión política sobre otras consideraciones para justificar la protección constitucional de la libertad de expresión, tiene también algunas observaciones: 1) No puede sostenerse que un conjunto de temas que el ser humano toma como materia para su expresión tenga un valor propio menor que aquella opinión que versa sobre la política o los asuntos del Estado; 2) Es casi imposible identificar tópicos que no tengan rela-

ción con el autogobierno. Es muy difícil separar lo político de aquello que no lo es; y 3) Existe un mensaje subyacente: sólo sería importante el discurso útil a la función de gobierno. Ello sería determinado por el propio Estado en desmedro de las necesidades del emisor.⁶⁹

Las determinaciones de la jurisprudencia europea y española, consideran la importancia de la libertad de expresión en su doble dimensión individual y social. La formación de la opinión pública libre es una condición para el ejercicio de los derechos en el sistema democrático, de allí que la libertad de expresión también garantiza el derecho a la información propio, del pluralismo político. Ello incluye las opiniones que desagradan o molestan al Estado o a un sector de la población.⁷⁰

Otros fundamentos complementarios incluyen algunas dimensiones a la libertad de expresión. La teoría de la válvula de seguridad, considera que esta libertad proporciona a la sociedad una estructura en la que el conflicto ocupa un lugar sin llegar a destruirla. Junto a esta consideración se incluye una que estima que la libertad de expresión tiene como propósito la de proteger a los románticos, a aquellos que escapan de las formas clásicas: los disidentes, los heterodoxos, los marginales. Otros atribuyen la función de la libertad de expresión como un recurso para la formación de la tolerancia entre los ciudadanos y fortalece la moderación, aún frente las ideas que odiamos. Otra teoría fundamenta la importancia de la protección de la libertad de expresión para que los ciudadanos puedan acceder a la información y tomar la mejor decisión (public choice theory).⁷¹

Las consideraciones anteriores apuntan a una cierta pretensión de exclusividad para cada argumento y probablemente su

68 BIANCHI, Enrique Tomás y GULLCO, Hernán Víctor, op. cit. pp. 10-11 y FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, op. cit. p. 296.

69 BIANCHI, Enrique Tomás y GULLCO, Hernán Víctor, op. cit. pp. 14-15.

70 FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor (2002), op. cit. pp. 297-299.

71 Cfr. BIANCHI, Enrique Tomás y GULLCO, Hernán Víctor, op. cit. pp. 16-17.

fundamento se sustenta en una multiplicidad de factores que incluye la auto expresión individual, la comunión social, las posibilidades de las opciones informadas, la catarsis social, la afirmación social de los derechos civiles, entre otros, e incluye aspectos de las dimensiones sociales e individuales del Derecho. Dos aspectos de un mismo componente, la posibilidad de desarrollo del individuo y su correspondiente alteralidad social. La libertad de expresión es un derecho individual que está cargado de un fuerte componente instrumental ya que permite garantizar la vigencia de otros derechos.⁷²

b) La crítica política como elemento esencial de la libertad de expresión en una sociedad democrática

Las consideraciones acerca de la libertad de expresión y su relación con el sistema político se corresponde con un imaginario concreto que se asocia con una idea política determinada. Los nexos de interlocución social están determinados por la posibilidad de la expresión, entendida en su concepción ampliada que incluye la búsqueda de información, la expresión misma y el debate en el espacio público. En los argumentos teóricos que se esgrimen para regular, proteger o garantizar la libertad de expresión se anuncia una posición o idea política determinada. La relación entre la expresión jurídica y el desarrollo de la ciencia y la filosofía política nos muestra las interconexiones entre los postulados teóricos, los avances prácticos y los conflictos entre las visiones en disputa o en diálogo.

Una primera teoría de la libertad de expresión es heredera de la teoría económica de la democracia, vinculada de modo íntimo con el utilitarismo clásico de Benthan. El punto de partida de la acción colectiva es la decisión individual. El individualismo metodológico explica a la sociedad desde los individuos. Los fenómenos sociales se derivan de las propiedades y conductas de los individuos. El principio de racionalidad es fuerte. Los individuos maximizan su utilidad al hacer elecciones. La información es perfecta y los individuos tienen una preferencia cardinal, débil o indiferente. Sólo interesan las acciones observadas y manifestadas. Importan las consecuencias, no las intenciones.

En este contexto teórico, la libertad de expresión se protege con el objeto de que los individuos puedan realizar libre y racionalmente sus opciones. La sobrestimación del individuo racional implica que la expresión siempre será modelada por la racionalidad de los sujetos, que además se constituyen como sujetos auto interesados y egoístas. La libertad de expresión es protegida en extremo y se recurre a los racionios que exigen que el Estado no realice ningún tipo de regulación a los medios por cuanto en el libre mercado de las ideas los individuos auto interesados realizarán la mejor decisión sobre la base de una razón debidamente entrenada.⁷³ El extremo de esta teoría limita las posibilidades de regulación al Estado por cuanto los ciudadanos, en libre mercado, realizarán la elección racional, se trata del deber de no hacer por parte del Estado.

Esta teoría sobrestima los poderes de la razón humana y desmerece de las potencialidades de la subjetividad, entendida como motivos, sentimientos, emociones, iden-

72 FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, (2002), op. cit. pp. 304-306.

73 La expresión de la Primera Enmienda de la Constitución de EE.UU. de América que establece “el Congreso no hará ninguna ley...que restrinja la libertad de expresión o de prensa”, se interpreta como la máxima expresión de la concepción económica de la democracia y de la libertad de expresión. Aunque posteriormente la Corte Suprema interpretó este mandato no como una prohibición absoluta sino como un mandato para establecer los límites.

tidades o símbolos, que constituyen elementos relevantes para las decisiones públicas de los sujetos. Es por ello que algunos críticos del modelo señalan que las dimensiones sociales son parte de la racionalidad, que los sujetos no pueden desprenderse de la interlocución o alteridad de lo social y que ello establece una necesidad de posible regulación para garantizar la libertad de expresión.⁷⁴

Una segunda consideración teórica de la democracia, la reivindica en su característica deliberativa o de debate como estrategia para la consecución de la verdad. El principal filósofo es, como indicamos anteriormente John Stuart Mill, en su ensayo “Sobre la libertad”, donde prevé la uniformidad de las opiniones como la gran amenaza de la libertad. La formación de líderes de opinión tiende a uniformar las opiniones; está a favor de una opinión pública crítica. Con esta idea, Mill se anticipa al concepto de esfera pública. Debe haber una demarcación clara entre los intereses individuales y el bien público, pero esto se determina en la opinión pública. Se reivindica la posibilidad de una regulación, por la vía del debate, para la expresión, en aras de la dimensión social.

En la década de los años setenta, Jürgen Habermas⁷⁵, introduce en la teoría política el concepto de esfera pública. Este concepto va más allá de los partidos y las instituciones. La esfera pública emerge históricamente como el resultado del proceso por medio del cual los individuos demandan y exigen de los gobernantes una justificación ética de sus decisiones y actos públicos. Es un espacio para la interacción ínter subjetiva que no pasa necesariamente por el Estado y sus instituciones. La razón, usada en público, establece una relación

entre la participación y la argumentación. El asunto de la legitimidad en política está vinculado a un proceso de deliberación pública que cuente con la participación racional de todos los ciudadanos involucrados. La esfera pública se convierte en el espacio de una deliberación comunicativa donde las diversas concepciones morales y culturales interactuarían mediante procedimientos argumentativos para llegar a un consenso. A través del diálogo se pueden llegar a consensos universales. Es el nuevo lugar para la construcción de los imperativos categóricos.

Esta idea política se tradujo en una protección de la posibilidad de la expresión como debate para la búsqueda de la verdad por la vía de la razón y la discusión. Reivindica las potencialidades de la racionalidad de los individuos, en un nuevo ajuste del ideal de la modernidad al reconocer la posibilidad de interlocución de las racionalidades de los sujetos. Esta visión subestima las potencialidades políticas de los universos simbólicos de los sujetos que sobrepasen la esfera de lo exclusivamente racional y reivindica la esfera pública como lugar para la razón política.

En las últimas décadas del siglo XX, en Occidente, una tradición intelectual busca recuperar la dignidad humana en la política. En esta tradición confluyen autores como Hannah Arendt, Cornelius Castoriadis, Claude Lefort y Helmut Dubiel. Brevemente, los presupuestos claves del enfoque son los siguientes: a) La democracia se concibe como el espacio público por excelencia, el lugar donde los ciudadanos, en condiciones mínimas de igualdad y libertad, cuestionan y enfrentan cualquier norma o decisión que no haya tenido su origen o rectificación en ellos mismos; b) La esfe-

74 Amirtya Sen, es uno de los críticos de la exaltación de lo individual y del desdén por lo afectivo y reivindica el papel del Estado en procura de mayores grados de libertad.

75 Filósofo alemán, continuador de la teoría crítica. Autor de la Teoría de la acción comunicativa, en la que despliega el concepto del espacio público como lugar para la interlocución de los ciudadanos y en el cual la razón prevalecerá

ra pública política se coloca como el factor determinante de retroalimentación del proceso democrático, la política no se puede circunscribir solamente al ámbito de las instituciones o el Estado; c) El poder político es un “espacio vacío”, materialmente de nadie y potencialmente de todos, que se ocupa simbólicamente por los ciudadanos desde sus propios imaginarios colectivos y a condición de su plena secularización; d) La sociedad civil es autónoma y fuertemente diferenciada, por lo que la democracia se inventa permanentemente desde el conflicto y el debate público; e) La democracia se basa en el reconocimiento del otro; en la reafirmación de que el ser humano es imprescindible.

Hannah Arendt, considera a la política como simbólica; tiene que ver con valores, anhelos y esperanzas. Ella construye su andamiaje teórico en contra del totalitarismo. Frente a claves totalitarias como la imposición por parte de la autoridad de una sola verdad, el consenso impuesto, la sociedad ordenada y el considerar sacrificable la vida humana, contrapone la pluralidad de ideas, la aceptación del conflicto, la indeterminación de la sociedad y el respeto irrestricto a todo ser humano.⁷⁶

La política, según Arendt, se basa en el hecho de la pluralidad de los hombres. [...] La política trata del estar juntos y los unos con los otros de los diversos. [...] la política nace en el Entre-los-hombres [...].⁷⁷ El sentido de la política es la libertad.. [...] es el propio hombre quien, de un modo maravilloso y misterioso, está dotado para hacer milagros. Este don es lo que en el habla habitual llamamos la acción. A la acción le es peculiar [...] sentar un nuevo comienzo,

empezar algo nuevo, tomar la iniciativa [...] El milagro de la libertad yace en este poder-comenzar”.⁷⁸ La naturaleza de la acción es incierta: [...] se inician procesos cuyos resultados no se pueden vaticinar, de manera que la inseguridad más que la fragilidad pasa a ser el carácter decisivo de los asuntos humanos”.⁷⁹ El espacio público arendtiano es el lugar donde las cosas se hacen en forma transparente, se publicitan los imaginarios privados, los individuos se hacen públicos, la política aparece donde hay un entendimiento comunicativo entre hombres distintos e iguales. Se basa en el reconocimiento al otro como portador de una posición específica.

La consideración de la libertad de expresión empieza a trabajar las dimensiones de la personalidad humana como integrantes del derecho mismo. Es el tiempo de las consideraciones de los tribunales estadounidenses y europeos de la propia diversidad y opinión contraria, desdibujando los límites de lo público e integrando dimensiones que antes se reducían a la esfera de lo privado. La idea de la expresión reivindicada, en esta concepción, no un fin determinado sino que forma parte de la subjetivación de la esfera pública para reivindicar nuevos contenidos para la acción política. Esta visión globalizadora de lo político implica una perspectiva que supera lo instrumental para reconfigurar una opción de múltiples fundamentos para la propia libertad de expresión. Así se constituye en instrumento para la defensa de otros derechos y en otras se fundamenta a sí misma en la medida que se vincula estrechamente a la dignidad individual.

Las consideraciones de la teoría políti-

76 Cfr. ARENDT, Hannah, “Los orígenes del totalitarismo”, 2ª ed., Taurus, Madrid, 1999.

77 ARENDT, Hannah, “¿Qué es la política?”, Paidós, Barcelona, 1997, pp. 45 y 46.

78 *Ibidem*, pp. 65 y 66.

79 *Ibidem*, pp. 251 y 252.

ca de posguerra es la que se expresa en los tratados internacionales, reconoce esta múltiple dimensión para la libertad de expresión y su vinculación inherente a la dignidad humana. Ello implica la nueva delimitación de esfera privada, que se traduce en una progresiva disminución o el crecimiento de argumentos emotivos para el espacio de lo público y por tanto de lo político. La relación de la libertad de expresión

con la democracia es directa, sólo que sufre por las transformaciones de las redefiniciones de los límites entre lo público y lo privado, la incursión tecnológica que reivindica nuevas formas expresivas que incorporan nuevas racionalidades y emotividades, que también son mutuamente influidas por las transfiguraciones sociales, como por ejemplo las relativas al género.

Capítulo III La compatibilidad de la figura del vilipendio con la libertad de expresión

a) La doctrina

Luego de revisar algunos fundamentos de la libertad de expresión y en especial la crítica política como elemento esencial en una sociedad democrática, parece difícil escapar a los lugares comunes para nombrar opiniones disímiles en la doctrina que nos permitan contrastar tan evidente atraso en la figura del vilipendio como hecho punible en sociedades democráticas. Se trata pues, de avanzar en el camino de la transparencia por la coherencia que debe existir entre lo que se dice y persigue y lo que efectivamente se ejecuta.

En este sentido y con ocasión de una exposición del Dr. Asdrúbal Aguiar en el Panel sobre la Declaración de Chapultepec⁸⁰, organizado por la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP), en Caracas, el 22 de febrero de 2002, éste señaló en relación con el Principio X⁸¹, que la Declaración de la OEA dispone, en primer orden, que “10. Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público”, para ajustar, seguidamente, que “11. Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad”. Ambos principios explican, en consecuencia, el

sentido de la prohibición de las denominadas leyes de desacato, que intentan castigar las ofensas contra los funcionarios públicos y, en general, contra las instituciones del Estado.⁸²

Continúa el autor señalando que no son admisibles, pues, dentro de la actual doctrina interamericana, las exigencias de responsabilidades ulteriores por abuso del derecho a la libre expresión del pensamiento en los supuestos de vilipendio de los cuerpos o funcionarios públicos. La responsabilidad ulterior por el ejercicio de la libertad de expresión no se aviene con la idea de protecciones discriminatorias y por categorías de personas o de instituciones y tiene, además, un carácter taxativo: el respeto a los derechos y reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral públicas; por lo que es pertinente repetir junto a la Corte Interamericana, entonces, que “[l]a libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse”.⁸³ De consiguiente, mal podría interpretarse que la

80 Se refiere a un conjunto de reglas o de postulados que, originados en la interpretación de un derecho humano fundamental y por estar asidos, además, a una visión o concepción de la sociedad histórica, pretenden asumir el valor de axiomas para la aplicación o el desarrollo progresivo de los ordenamientos jurídicos internacional e interno de los Estados.

81 Ningún medio de comunicación o periodista debe ser sancionado por difundir la verdad o formular críticas o denuncias contra el poder público.

82 Exposición del autor en el Panel sobre la Declaración de Chapultepec, organizado por la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP), en Caracas, el 22 de febrero de 2002. Fue corregido y ampliado para su presentación en la Cumbre Hemisférica sobre Justicia y Libertad de Prensa en las Américas, realizada en Washington DC, del 20 al 22 de junio de 2002, párrafo 37.

83 LANAO, Jairo E. (Compilador), “La libertad de prensa y la ley”, Miami, Sociedad Interamericana de Prensa, 1999, párrafo 69, p. 355.

Convención Americana sobre Derechos Humanos admite, sin más, la ilicitud y consiguiente responsabilidad por cualquier expresión que afecte “a los demás”. La Convención prescribe en sus artículos 29, inciso c) y 32, que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de excluir los derechos y garantías que se derivan de la democracia representativa de gobierno o las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática.⁸⁴

Por otra parte, en opinión del profesor Juan Antonio Travieso, refiriéndose a los derechos humanos en general como medio de legitimación del poder político, afirma que los derechos humanos son establecidos en la sociedad por el pueblo y en la democracia. Se debe tener presente que “la minoría gobierna por medio de la oposición”⁸⁵. Y justamente en la oposición se encuentra por lo general la crítica política en una sociedad democrática, que como forma libre de expresión, busca la tolerancia del poder público gobernante, para inspeccionarlo, para develar las verdades de quienes gobiernan y su conducta oficial.

En este sentido, la penalización de conductas o expresiones y pese a su carácter eminentemente técnico, -ya que, en resumidas cuentas, se trata de la aplicación de las reglas de fondo determinadas por el Derecho Penal a casos concretos-, las normas constitutivas del procedimiento penal no son neutrales, sino que, como las del Derecho Penal que les sirven de punto de partida, están referidas a valores sociales fundamentales (justicia, equidad, libertad). En este sentido, reflejan las concepciones morales y políticas de un país en un momento determinado de su devenir histórico y el vilipendio no escapa a ello.

El procedimiento penal persigue dos objetivos esenciales: la protección de la sociedad, mediante la aplicación de reglas que hagan posible el descubrimiento rápido, el juicio y eventualmente la sanción de los infractores de la ley penal, y la protección de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, sin cuyo respeto no puede hablarse de una verdadera justicia. La obtención de estos dos objetivos constituye el ideal hacia el que tienden los sistemas penales de los países democráticos. La aparente contradicción entre estos dos objetivos queda resuelta si se tiene en cuenta que la represión del delito no representa el fin último del sistema penal, sino un medio para la consecución de otro fin aún más importante: la protección de la libertad individual en un Estado de Derecho. Parece por tanto contraproducente que legislaciones en el mundo, pretendan todavía silenciar el juicio a funcionarios públicos, otorgándoles un aura mucho más espesa que al resto de los ciudadanos, a cambio de la violación de una de las libertades fundamentales del hombre, como lo es la libertad de expresión.

Estas consideraciones son de gran importancia con respecto a la actual situación política del continente. Después de largas décadas de estar sometidos a regímenes autoritarios, cómplices y testigos de innumerables violaciones de los derechos humanos, la casi totalidad de los pueblos de la región americana gozan hoy día –por lo menos en el plano formal- de sistemas democráticos y manifiestan su intención de mantenerlos y reforzarlos; y la legislación procesal penal constituye un importante instrumento para la realización de este ideal.

84 AGUIAR, Asdrúbal, *Ibidem*, párrafo 38.

85 TRAVIESO, Juan Antonio, “Derechos Humanos y Derecho Internacional”, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1996, p.41.

Las normas penales más adecuadas para una comunidad organizada en un determinado momento histórico deben tener en cuenta las realidades sociales propias de tal comunidad, así como los valores que, según ella, deban privilegiarse. La construcción del Derecho Penal en la región latinoamericana se ha efectuado sin considerar en la mayoría de los casos, la evolución del pensamiento jurídico contemporáneo y la adaptación de la ley al contexto social que le servirá de columna vertebral y prueba de ello, es el presente trabajo y lo que en él queda demostrado. Muy a nuestro pesar, en sistemas que proclaman, entre sus principios fundamentales, los de justicia e igualdad. Pero ante el escepticismo propio de estas reflexiones, las reformas a las legislaciones procesales penales deberían inspirarse en las modernas corrientes doctrinales legales en este sector, no sólo para fines de unificación legislativa en una zona geográfica con numerosas características comunes, sino asimismo -y quizás sobre todo- para dotarse de un sistema procesal penal que, teniendo en cuenta las experiencias de otros modelos, corresponda a la evolución y al futuro de las sociedades democráticas.

Siguiendo esta línea, en el ámbito internacional se va imponiendo paulatinamente la tesis de que las leyes de desacato constituyen un mecanismo ilegítimo de la autoridad para acallar la crítica. Por ello, existe una evolución en el sentido de dirigir los esfuerzos hacia la abolición del delito de vilipendio. Sus fundamentos están en la necesidad de que exista un ambiente en que se intercambien ideas en forma libre y fluida, reforzando el papel activo de los ciudadanos en el quehacer público, así como se haga efectivo el principio de igualdad ante

la ley, en este caso, entre los ciudadanos corrientes y las autoridades o funcionarios públicos.⁸⁶

La Comisión Interamericana reconoce que la libertad de expresión no es un derecho absoluto, pero señala que sus restricciones deben incorporar las justas exigencias de una sociedad democrática. Destaca también el “derecho de los ciudadanos a participar en debates activos, firmes y desafiantes respecto de todos los aspectos vinculados al funcionamiento normal y armónico de la sociedad”. Añade que el debate político “generará inevitablemente ciertos discursos críticos o incluso ofensivos para quienes ocupan cargos públicos(...)”.⁸⁷

También enfatiza la Comisión que la información (sea que esta provenga de la prensa, de un particular o de un órgano estatal) es el más poderoso mecanismo de control, fiscalización y resguardo de la actuación del Estado. En este sentido, los órganos del Estado ejercitan una soberanía “delegada”... Así, como los encargados de la cosa pública no actúan por ellos mismos, sino que lo hacen en nombre de las personas, sus actos deben estar abiertos al control ciudadano. Es por ello que no parece legítimo que la propia autoridad genere mecanismos que vedan la posibilidad de que se la controle. Para asegurar una participación ciudadana eficaz es crucial que la población se encuentre bien informada y que exista transparencia del quehacer público. Si es la propia autoridad la que niega o restringe severamente a los ciudadanos el derecho de crítica y control, no es posible resguardar adecuadamente una participación informada y que efectúe contribuciones relevantes.⁸⁸

86 Cfr. GONZÁLEZ, Felipe, “Leyes de Desacato y Libertad de Expresión”, pp. 14-16,

En: http://derecho.udp.cl/informes/desacato_libertad_expresion.pdf

87 Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1998, Volumen III : Informe de la Relatoría de Libertad de Expresión, p. 218.

88 Cfr. GONZÁLEZ, Felipe, *Ibidem*, pp. 14-16.

Es por ello que la Comisión sostiene que la protección brindada por las leyes de desacato a los funcionarios públicos no es coherente con el objetivo de una sociedad democrática de fomentar el debate público. La aplicación de las leyes de desacato para proteger el honor de los funcionarios públicos -que actúan en carácter oficial- les otorga injustificadamente un derecho a la protección de la que no disponen los demás integrantes de la sociedad. “Esta distinción -observa la Comisión- invierte directamente el principio fundamental de un sistema democrático que hace al gobierno objeto de controles, entre ellos, el escrutinio de la ciudadanía para prevenir o controlar el abuso de su poder coactivo.”⁸⁹

En cuanto a la situación de América Latina (con excepción de Argentina, cuyo caso será abordado con posterioridad), tal como se señala en el Informe de la Comisión Interamericana sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como en el Informe del Relator Especial sobre Libertad de Expresión, son numerosos los Estados latinoamericanos que mantienen normas de desacato.⁹⁰ Sin embargo, en la gran mayoría, tales disposiciones son de contada ocurrencia, considerándose los casos más graves en materia de libertad de expresión, a Cuba, Perú y Chile.

Por otra parte, resulta interesante considerar en la materia, el desarrollo de la normativa y jurisprudencia de Estados Unidos, ya que tanto los tribunales nacionales como los tribunales internacionales, aun sin decirlo expresamente, utilizan a menudo argumentos contenidos en los casos estadounidenses. Lo primero que es importante destacar es que en la legislación norteamericana el potencial conflicto

entre la libertad de expresión y el derecho a la honra o el derecho a la privacidad está regulado por normas de carácter civil y no penal. La censura previa está vedada y los funcionarios públicos se hallan más expuestos que el común de la gente a la crítica y escrutinio de la ciudadanía.

Uno de los casos más significativos es el de **New York Times Co. vs. Sullivan**⁹¹ en el cual la Corte Suprema de Estados Unidos, sostuvo la doctrina de la real malicia, conforme a la cual, la garantía de la libertad de expresión impide que los funcionarios públicos sean indemnizados debido a una manifestación inexacta y difamatoria relacionada con su conducta oficial, salvo que se pruebe que dicha expresión fue formulada con real malicia, esto es, con conocimiento de que era falsa o con una temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad. La Corte Suprema de Estados Unidos estableció que esta doctrina debía aplicarse siempre en caso de funcionarios públicos -por su relación con la cosa pública- y en los casos de figuras públicas que voluntariamente se hubieran expuesto a algún asunto de interés general.

Con relación a la aceptación de la penalización de las expresiones en general, y en particular las leyes de vilipendio que protegen a las autoridades y funcionarios públicos, son contrarias a la doctrina y la jurisprudencia internacional sobre la materia. Sobre el particular, basta señalar que la *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión* adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108° período ordinario de sesiones, expresó con claridad la limitación de las sanciones penales frente a los posibles abusos de la libertad de expresión y la incompatibilidad de las “leyes de desacato”⁹²:

89 Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1998, *Ibidem*.

90 Véase Capítulo I c) de este trabajo, sobre el reconocimiento en el Derecho Comparado.

91 Cfr. Caso *The New York Times Co. vs. L.B. Sullivan*, Corte Suprema de los Estados Unidos, argumentado el 6 y 7 de enero de 1964 y decidido el 9 de marzo de 1964, traducción de Mary Beloff.

92 AYALA CORAO, Carlos M., “La aceptación de las leyes de vilipendio o desacato como delitos de opinión, en *La Libertad de Expresión Amenazada. Sentencia 1013*”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas/San José/2001, pp. 174-190.

“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”.

La doctrina de la Comisión Interamericana desde 1994 en el conocido *Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*⁹³ estableció además los límites a la penalización de la libertad de expresión. En este sentido, las leyes de desacato o el vilipendio son tipos delictivos que penalizan la expresión que ofende, insulta o amenaza a una autoridad o funcionario público en el desempeño de sus funciones oficiales. En este sentido, la Comi-

sión Interamericana ha reiterado su recomendación a los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos de adecuar sus legislaciones a las obligaciones internacionales sobre derechos humanos, mediante la derogación de esta normativa.

Para arribar a esta conclusión, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, efectuó un análisis contextual y finalístico de la Convención Americana, para aclarar las restricciones que resultan aceptables a la libertad de expresión con el objeto de permitir la preservación y desarrollo de la sociedad democrática (artículos 13, 29 y 32 de la Convención). De esta manera, la primera prueba que aplicó a las leyes de desacato fue el de analizar si éstas constituyen una restricción legítima a la libertad de expresión. Sobre el particular, la Comisión concluyó que estas leyes le otorgan a los funcionarios públicos un privilegio de protección del cual no disfrutaban los demás integrantes de la sociedad; y además, restringen irrazonablemente el derecho de todo individuo y de la ciudadanía a participar en debates activos, firmes y desafiantes respecto a la sociedad, el gobierno y las políticas públicas.

En consecuencia, “el tipo de debate político a que da lugar el derecho a la libertad de expresión generará inevitablemente ciertos discursos críticos o incluso ofensivos para quienes ocupan cargos públicos o están íntimamente vinculados a la formulación de la política pública. De ello se desprende que una ley que ataque el discurso que se considera crítico de la administración pública en la persona del individuo objeto de esa expresión afecta a la esencia misma y al contenido de la libertad de expresión”⁹⁴.

93 “Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, publicado en Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1994, Capítulo V.
94 Cfr., *Ibidem*.

La segunda prueba que aplicó la Comisión Interamericana para determinar la compatibilidad de las llamadas leyes de desacato con la Convención Americana, fue el determinar si éstas son necesarias para asegurar el “orden público” en una sociedad democrática, concluyendo que la protección especial que estas leyes brindan a los funcionarios públicos es incompatible con el objetivo de fomentar el debate público, incluso, en una sociedad democrática las personalidades políticas y públicas deben estar más expuestas (y no menos expuestas como pretenden las leyes de desacato) al escrutinio y la crítica del público. Sobre el particular, el Informe señala textualmente lo siguiente⁹⁵:

“La protección especial que brindan las leyes de desacato a los funcionarios públicos contra un lenguaje insultante u ofensivo es incongruente con el objetivo de una sociedad democrática de fomentar el debate público. Ello es especialmente así teniendo en cuenta la función dominante del gobierno en la sociedad y, particularmente, donde se dispone de otros medios para responder a ataques injustificados mediante el acceso del gobierno a los medios de difusión o mediante acciones civiles individuales por difamación y calumnia. Toda crítica que no se relacione con el cargo del funcionario puede estar sujeta, como ocurre en el caso de todo particular, a acciones civiles por difamación y calumnia. En este sentido, el encausamiento por parte del gobierno de una persona que critica a un funcionario público que actúa en carácter oficial no satisface los requisitos del artículo 13(2) porque se puede concebir la protección del honor en este contexto sin restringir la crítica a la administración pública. En tal sentido, estas leyes constituyen también un medio

injustificado de limitar el derecho de expresión que ya está restringido por la legislación que puede invocar toda persona, independientemente de su condición.

Es más, la Comisión observa que, contrariamente a la estructura que establecen las leyes de desacato, en una sociedad democrática, las personalidades políticas y públicas deben estar más expuestas – y no menos expuestas – al escrutinio y la crítica del público. La necesidad de que exista un debate abierto y amplio, que es crucial para una sociedad democrática, debe abarcar necesariamente a las personas que participan en la formulación o la aplicación de la política pública. Dado que estas personas están en el centro del debate público y se exponen a sabiendas al escrutinio de la ciudadanía, deben demostrar mayor tolerancia a la crítica”.

Además, la Comisión Interamericana entiende que:

*“...el uso de tales poderes para limitar la expresión de ideas se presta al abuso, como medida para acallar ideas y opiniones impopulares, con lo cual se restringe un debate que es fundamental para el funcionamiento eficaz de las instituciones democráticas. Las leyes que penalizan la expresión de ideas que no incitan a la violencia anárquica son incompatibles con la libertad de expresión y pensamiento consagrada en el artículo 13 y con el propósito fundamental de la Convención Americana de proteger y garantizar la forma pluralista y democrática de vida”.*⁹⁶

Aunado al Sistema Interamericano, también en el Sistema Universal de protección de los derechos humanos, el Relator Especial de la Organización de Naciones Unidas sobre la promoción del derecho a

95 Cfr., Ibídem.

96 Cfr., Ibídem.

la libertad de opinión y de expresión, Sr. Abid Hussain⁹⁷, ha reiterado durante los últimos años a los gobiernos sus recomendaciones, para que:

deroguen las leyes penales sobre difamación para reducir ésta al ámbito del derecho civil;

limiten las sanciones por difamación para que no coarten la libertad de opinión y el derecho a la información;

prohíban que las autoridades públicas entablen demandas por difamación con el fin de impedir las críticas a su gestión o para mantener el orden público;

garanticen que las leyes sobre difamación no atenten contra el debate abierto de las cuestiones de interés público ni contra el principio de que los funcionarios públicos deben tolerar un grado mayor de crítica que el común de los ciudadanos particulares;

califiquen de difamatorias solamente las expresiones ostensiblemente exageradas; y

continúen garantizando que la carga de la prueba recaiga en quien diga haber sido difamado y no en el demandado.

Esto ha sido ratificado por Claudio Grossman, quien expresó que la amenaza o imposición de sanciones penales asfixia a la democracia y responde a una lógica autoritaria incompatible con sus postulados. Sentencia que las leyes de calumnias e injurias deben ser despenalizadas. Dentro del marco de una sociedad participativa, el intercambio de ideas en el debate público

es un mecanismo fundamental para el pleno ejercicio de la libertad de expresión. En este ámbito, la aplicación de las leyes de calumnias e injurias ha sido usada para silenciar estos mecanismos, como el debate político, y la crítica que puede desencadenarse debido a la función pública que los “ofendidos” ejercen. Por otra parte, las acciones civiles ofrecen una protección suficiente que brindaría para quienes han sido sometidos a ataques intencionales a su honor y su reputación.⁹⁸

Pero es importante acotar que en la doctrina internacional, John Milton y John Stuart Mill, por ejemplo, no tratan de probar que la autoridad no deba intervenir, bajo ninguna condición, en lo que se habla y se escribe. La libertad de expresión se puede emplear para socavar el Estado que existe por el consentimiento general de sus miembros, y reemplazarlo por una tiranía, o para fomentar divisiones dentro de la nación a tal grado que se ponga en peligro el orden público o se cause la desintegración nacional. Una finalidad de la intervención de la autoridad, aparte de que se considera comúnmente justa, tiene por objeto proteger al Estado, o salvaguardar la ley y el orden⁹⁹. Por ello, la intervención de la autoridad es posible siempre que se llenen un conjunto de extremos suficientes que garanticen la protección del Estado minimizando la apreciación subjetiva que recae sobre el poder judicial.

Esto ha sido ratificado recientemente por el Dr. Héctor Faúndez Ledesma¹⁰⁰, en los términos siguientes: “...tanto en el texto del Pacto de Derechos Civiles y Políticos como de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se protege a la

97 Informe E/CE.4/2001/64, 13 de febrero de 2001, párrafo 47.

98 GROSSMAN, Claudio. “La Libertad de Expresión en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”. ILSA Journal of International And Comparative Law, NOVA Southeastern University, Shepard Broad Law Center. Volumen 7, Summer 2001, pp. 782 y 783.

99 SINGTON, Derrick, “Libertad de Expresión” Primera Edición, Editorial F. Trillas, S.A., México, 1964, pp. 11; 14-15; 17-18; 19-20; 51; 57; 59.

100 FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, (2001), pp. 90-107.

persona de ataques *ilegales* a su honra o reputación. En consecuencia, parece obvio concluir que, en ciertas circunstancias, un ataque a la honra o a la reputación de las personas puede resultar lícito, y probablemente legítimo.”

Compartimos su opinión, porque parece suficientemente llano en el caso de hechos de trascendencia pública, o en casos en que se encuentre involucrado el interés colectivo, y que lleven a cuestionar la honorabilidad u honradez de una figura pública; porque, en efecto, existe un interés legítimo por parte de los integrantes del grupo social en cuanto a discutir aquellos asuntos que afectan sus propias vidas: según el Tribunal Constitucional español, esos asuntos de relevancia pública o interés general se caracterizan por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen.¹⁰¹

En consecuencia, la rectitud y honestidad de aquellos a quienes se les encomienda la administración de los negocios públicos, y la protección de la reputación de las personas, no se pueden utilizar como un escudo para impedir o coartar el debate político. Como señalara la Corte Suprema de los Estados Unidos en el Caso **New York Times Co. V. Sullivan**, una nación puede vivir en paz cuando se rechazan los juicios por difamación entablados por un funcionario público en relación con asuntos de interés público; pero difícilmente es posible que un país pueda vivir en libertad cuando a los miembros del cuerpo social se les puede castigar por criticar a su gobierno, porque una democracia deja de existir en el mismo momento en que se exonera a los funcionarios públicos del deber de responder frente a sus mandantes.¹⁰²

En relación con la figura del interés público, son las circunstancias que pueden contribuir a identificarla. En un caso de supuesta difamación que tenía como antecedente un largo y acalorado debate público sobre la investigación de denuncias sobre violencia policial en la ciudad de Bergen, en Noruega, la Corte Europea de Derechos Humanos constató que la recurrencia, la naturaleza, y la dimensión de la violencia policial habían sido investigadas por académicos calificados, por un comité de investigación, y por el Fiscal General, que el tema había sido objeto de controversia tanto en la literatura como en la prensa y en los tribunales, y que la misma Corte Suprema de Noruega había señalado que las expresiones controvertidas se referían a un asunto del mayor interés público; así, la Corte reiteró su jurisprudencia, sentenciando que en el artículo N° 10 de la Convención Europea, para restringir la libertad de expresión política o el debate sobre asuntos de interés público, el margen es muy pequeño.¹⁰³ Pero además, al señalarse la brutalidad policial como una forma de difamación de una categoría de personas, no debe perderse de vista la necesidad de ejercer una estricta supervisión sobre el uso que se haga de la fuerza precisamente en nombre de la sociedad. En este sentido, si bien los Estados tienen el monopolio de la fuerza para proteger la democracia y el Estado de Derecho, lleva consigo el riesgo de que se abuse de la fuerza en detrimento de los mismos valores que se supone que la sociedad debe preservar; de manera que el abuso de la fuerza por parte de los oficiales encargados de hacer cumplir la ley no es, simplemente, uno de los muchos asuntos de interés general, sino que es un asunto

101 Cfr. SSTC 107/88,171/90, 172/90.

102 Cfr. la opinión concurrente del juez Black, a la que se une el juez Douglas, en *New York Times Co. vs. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

103 Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, Caso “Nilsen y Johnsen vs. Noruega”, sentencia del 25 de noviembre de 1999, párrafo 46; Cfr., también, Caso “Wingrove vs. Reino Unido”, sentencia del 25 de noviembre de 1996, párrafo 58; y Caso “Sürek vs. Turquía” (N 1), sentencia del 8 de julio de 1999, párrafo 61.

to del mayor interés en toda sociedad democrática. Así ha sido plasmado en la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura (1984) y en la Convención Europea para la Prevención de la Tortura y los Trátemientos o Penas Inhumanos o Degradantes (1987).¹⁰⁴

Curiosamente en el caso “Andreas Wabl vs. Austria”, la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que era dudoso si un artículo de prensa, en el que se insinuaba que un miembro del parlamento padecía de SIDA, contribuía a un debate de interés general; teniendo en cuenta que la persona afectada por ese reportaje es un político, inevitablemente y a sabiendas se ha sometido al escrutinio público, debiendo demostrar un mayor grado de tolerancia frente a la crítica, el citado artículo constituía un comprensible motivo de indignación y podía considerarse difamatorio.¹⁰⁵

En palabras del Dr. Héctor Faúndez Ledesma, ciertamente, en cualquier sociedad democrática la crítica política es un asunto de la mayor trascendencia pública, que confiere a la libertad de expresión una posición preferente frente a otros dere-

chos. No debe olvidarse que ésta es una garantía del individuo frente al Estado, y no a la inversa; porque, mientras el Estado no necesita protegerse de los ciudadanos, estos últimos deben contar con mecanismos que les permitan juzgar y evaluar el ejercicio del poder. Sin embargo, es precisamente la crítica política la que, con mayor frecuencia, genera reacciones contrarias por parte de las autoridades del Estado, confiando un nivel más elevado a la reputación de las personas y relegando la libertad de expresión a un segundo plano.

Todo lo anterior, nos lleva a cuestionar la existencia de leyes que protegen el honor de los funcionarios públicos; en este sentido, en los *Principios de Siracusa*¹⁰⁶ se rechaza la utilización de restricciones basadas en la reputación de los demás para proteger al Estado y a sus funcionarios contra la opinión o la crítica del público.¹⁰⁷ Por ello, la relevancia que adquiere la libertad de expresión al involucrarse en asuntos de interés público es a todas luces incompatible con figuras penales que condenan la crítica como forma de expresión, a las instituciones o a los funcionarios públicos.

104 Cfr., en este sentido, la opinión disidente de los jueces Kuris, Türmen, Stráznická y Greve, en Corte Europea de Derechos Humanos, Caso “Nilsen y Johnsen vs. Noruega”, sentencia del 25 de noviembre de 1999.

105 Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sesión, Caso “Andreas Wabl vs. Austria”, sentencia del 21 de marzo de 2000, párrafo 42.

106 Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptados por la Conferencia que se celebró en Siracusa, Italia, del 30 de abril al 4 de mayo de 1984, con el patrocinio de la Comisión Internacional de Juristas, la Asociación Internacional de Derecho Penal, la Asociación Estadounidense para la Comisión Internacional de Juristas, el Instituto Urban Morgan de Derechos Humanos, y el Instituto Internacional de Estudios Superiores de Ciencias Penales. Reproducidos en E/CN.4/1985/, Anexo.

107 Cfr. *ibídem*, párrafo 37.

b) La jurisprudencia de los tribunales nacionales

En Venezuela, la figura del vilipendio está dirigida a la protección del honor del poder público y de algunos altos funcionarios, mientras que la ofensa al Presidente de la República, aparece tipificada para proteger a la figura del máximo mandatario y de otros altos funcionarios. Se trata en ambos delitos de ofensas, una dirigida a cuerpos o corporaciones constituidas, y la otra, a una persona en forma específica.

El artículo 148 del Código Penal, consagra como delito, la ofensa o irrespeto al Presidente de la República, en los términos siguientes:

“El que ofendiere de palabra o por escrito, o de cualquier otra manera irrespetare al Presidente de la República o a quien está haciendo sus veces, será castigado con prisión de seis a treinta meses, si la ofensa fuere grave y con la mitad de esta pena si fuere leve.

La pena se aumentará en una tercera parte si la ofensa se hubiere hecho públicamente.

Parágrafo Único: Si la ofensa fuere contra el Presidente de alguna de las Cámaras Legislativas o el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, la pena será de cuatro meses a dos años cuando la ofensa fuere grave, y con la mitad de esta pena, cuando fuere leve”.

Por su parte, el artículo 149 del Código Penal, establece el delito de vilipendio, de esta manera:

“Cualquiera que vilipendiare públicamente al Congreso, a las Cámaras Legislativas nacionales, a la Corte Suprema de Justicia o al Gabinete o Consejo de Ministros, así como alguna de las Legislaturas o Asambleas Legislativas de los Estados de la Unión o alguno de los tribunales superiores, será castigado con prisión de quince días a diez meses.

En la mitad de dicha pena incurrirán los que cometieren los hechos a que se refiere este artículo, con respecto a los Concejos Municipales.

La pena se aumentará proporcionalmente en la mitad, si la ofensa se hubiere cometido hallándose las expresadas corporaciones en ejercicio de sus funciones oficiales.”

Dicho lo anterior, pasamos a reflexionar sobre algunos casos relevantes en la legislación patria, que merecen nuestra consideración.

Caso Olavarría, 1979¹⁰⁸

Quizás el caso más famoso de ofensas al Presidente de la República lo constituye el “Caso Jorge Olavarría”. En una edición de la revista *Resumen*, la cual era dirigida por el demandado, se pide el enjuiciamiento del Presidente de la República Sr. Carlos Andrés Pérez, a finales del año 1978. A raíz de este hecho, según informaciones publicadas en esa época, es allanada la sede de la revista e incautada la edición Nro. 266 que estaba imprimiéndose. Jorge Olavarría al enterarse de esta situación, pide asilo político en la Nunciatura Apostólica, el cual le es concedido y el go-

108 Cfr. FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor y SUÁREZ, Jorge Luis, “Aspectos Jurídicos de la Libertad de Expresión en Venezuela, Tendencias Jurisprudenciales en materia de libertad de expresión”, Universidad Católica Andrés Bello, Escuela de Comunicación Social, Centro de Investigaciones Jurídicas, Colección AYAKUA N° 5, Caracas, 1993, pp. 176-179

bierno nacional le concede el salvoconducto y el 5 de diciembre de 1978, Jorge Olavarría se traslada como asilado político a los Estados Unidos de América.

El día 29 de febrero de 1979, el Juez IV de Primera Instancia en lo Penal dicta auto de detención a Jorge Olavarría por la comisión del delito de ofensas al Presidente de la República, establecido en el artículo 148 del Código Penal, supuestamente por la publicación de reportajes relacionados con el “Caso Carmona” y el editorial antes mencionado.

Tres semanas después del auto de detención del Juez IV de Primera Instancia en lo Penal contra Jorge Olavarría, el Sr. Luis Herrera Campins asumió la Presidencia de la República y el 13 de julio de 1979, indultó a Jorge Olavarría, luego de lo cual éste regresó al país. Sin embargo, una vez Olavarría en Venezuela, un Fiscal del Ministerio Público presentó un escrito al Juez IV de Primera Instancia en lo Penal Guillermo Tell Aveledo, “pidiendo la inmediata encarcelación de Jorge Olavarría por cuanto ‘no se le había participado al tribunal el decreto del indulto’”¹⁰⁹

Desde el punto de vista jurídico, el caso no tuvo una solución valiosa ya que el acto final, el indulto, no permitió aclarar la procedencia de la aplicación del artículo 148 del Código Penal en un caso como el que comentamos, lo cual hubiera sido conveniente para la determinación de su alcance respecto al derecho a la libertad de expresión.

Algunas de las consecuencias, con el ánimo de que algún día en Venezuela la política se haga más humana y se logre edificar un verdadero Estado de Derecho sin el cual no hay democracia perfecta, con una administración de justicia recta y al

servicio de la verdad, son consideradas por Eduardo Guzmán Pérez, cuando señala que en materia de administración de justicia, el Caso Olavarría resulta ser una inequívoca evidencia de que existe un sector del Poder Judicial en el país que es susceptible de presiones superiores.¹¹⁰

Sin embargo, de la jurisprudencia venezolana, se extraen algunos pasajes relevantes en relación con estos delitos:

*“Basta, pues, en recta inteligencia de los artículos 148 y 149 del Código Penal, en cuanto al medio de escritura que es lo que aquí interesa, que el autor o agente de la ofensa o el irrespeto se hayan valido de aparatos como los llamados multígrafos o máquinas de escribir, manuscritos, carteles o pasquines, fijados en los sitios contentivos de la ofensa o el irrespeto. Memoria 139, Tomo I, p. 219.”*¹¹¹

“No exigen los artículos 148 y 149 del Código Penal para que las ofensas e irrespetos al Presidente de la República, al Presidente de alguno de los Estados de la Unión y a otros altos magistrados tengan cabida en sus sanciones, que tales hechos se hayan cometido por medio de la prensa. La primera de las citadas disposiciones penales, en que se afirma la segunda, sólo emplea los términos, ‘de palabra o por escrito’ y a continuación la frase ‘o de cualquiera otra manera irrespetare’. No requieren, pues, esas disposiciones legales para la configuración de los susodichos delitos, en el segundo de sus aspectos se entiende, que haya habido publicidad en un periódico, o por la imprenta propiamente dicha. Ni siquiera exigen tampoco el órgano de la ‘palabra’, como lo enseña la

109 Véase “El Indulto Indeciso” en revista “Resumen” (Año 1979), citado por FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor y SUÁREZ, Jorge Luis, op. cit. p. 177.

110 Cfr. “Algunas lecciones del Caso Olavarría” por GUZMÁN PÉREZ, Eduardo, Revista RESUMEN, 29 de julio de 1979, Vol. XXIV N° 299, p. 14.

111 Cfr. ARCAÑA, Mariano, “Código Penal” (Tomo I), Edisil Impresos, C.A., Pág. 488, citado por FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor y SUÁREZ, Jorge Luis, op. cit. pp. 177-178.

*frase que se deja textualmente transcrita. Memoria 1939, Tomo I, Pág. 219.*¹¹²

*“A los efectos de los artículos 148 y 149 del Código Penal, la ofensa o el irrespeto pueden serlo no públicamente, sino con carácter absolutamente privado, vale decir, por medio de una carta dirigida personalmente al funcionario; declarado por el autor que tal carta la escribió y envió él mismo, el delito existe y cae bajo las sanciones legales. La publicidad no es, pues, característica de tales delitos y esto aparece más claramente aun en el aparte del artículo 148 que establece, como agravante, el aumento de una tercera parte de la pena para el caso de que la ofensa ‘se hubiere hecho públicamente’. Una agravante no es el delito mismo, que puede existir y frecuentemente existe sin aquella. Un sentido diverso conduciría a la falsedad de confundir la modalidad o manifestación de una cosa con la esencia de la cosa misma. Memoria 1939, Tomo I, Pág. 219.*¹¹³

Las diferencias personales que tuvo el Presidente de la República Sr. Carlos Andrés Pérez con Jorge Olavarría, fueron suficientes para que éste tuviera que abandonar el país durante 16 meses, sus intereses en debate, su revista acosada y al borde de la quiebra. Son hechos objetivos y nadie, por apasionado que sea, puede negarlos. Se coloca pues al Presidente de la República en una especie de nicho infranqueable cubierto por un velo de infalibilidad. En otros países no ocurre igual, pues el Jefe del Estado, como cualquier funcio-

nario, está expuesto a la crítica pública, e incluso responde judicialmente por sus actuaciones: así se demostró en los Estados Unidos con el ‘Caso Nixon’. No podemos olvidar que el Presidente de la República es un servidor público, responsable ante sus gobernados y susceptible de críticas y reclamos por sus desaciertos.¹¹⁴

Por ello, concluimos la reflexión de este caso citando al propio Olavarría en una entrevista que le hiciera Junio Pérez Blasini (Director de Asuntos Nacionales de *Resumen*), en fecha 16 de junio de 1979 -día de regreso de Olavarría a Venezuela-, cuando sobre la función de la prensa en una sociedad democrática sentenció que “... su función es denunciar, evidenciar, comunicar aquellas áreas críticas y enfermas de la sociedad para que los cuerpos organizados que la sociedad crea para enfrentarse a sus propias enfermedades funcionen...”¹¹⁵

Caso Leopoldo Díaz Bruzual, 1985¹¹⁶

En otro caso relevante por su connotación en la opinión pública venezolana es el conocido como el “Caso Díaz Bruzual”. El día 30 de julio de 1985, la Corte Suprema de Justicia examinó la naturaleza de las manifestaciones formuladas por el ciudadano Leopoldo Díaz Bruzual, ex-Presidente del Banco Central de Venezuela, en declaraciones difundidas por radio, televisión y periódicos de Caracas los días 22 y 23 del mismo mes. Entre las consecuencias de estas declaraciones está un acuerdo de la Corte en los términos siguientes:

“1. Las aludidas manifestaciones constituyen, en concepto de la Corte,

112 Cfr. *Ibíd.*, pág. 488, citado por FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor y SUÁREZ, Jorge Luis, p.178.

113 Cfr. *Ibíd.*, pp. 488 y 489, citado por FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor y SUÁREZ, Jorge Luis, p.178.

114 Cfr. *Revista Resumen*, “Algunas lecciones del Caso Olavarría” por GUZMÁN PÉREZ, Eduardo, 29 de julio de 1979, Vol. XXIV N° 299, p. 14.

115 Cfr. *Revista Resumen*, “Resumen entrevista al Dr. Jorge Olavarría a su regreso”, 29 de julio de 1979, Vol. XXIV N° 299, pp. 15-29.

116 Cfr. FAÚNDEZ, Héctor y SUÁREZ, Jorge Luis, op. cit., pp. 176-179.

groseras ofensas contra los magistrados de una de sus Salas y vilipendio contra el más Alto Tribunal de la República y máximo representante del Poder Judicial, muy diferentes y distantes de las críticas jurídicas de las decisiones judiciales que este Cuerpo no sólo siempre ha admitido sino auspiciado.

2. *Sin perjuicio del ejercicio de las acciones legales que puedan corresponder a los Magistrados directamente afectados, contra los autores de delitos expresamente contemplados en el Capítulo II del Título I del Libro Segundo del Código Penal, la Corte, con el ánimo de actuar en la forma objetiva e imparcial que siempre ha caracterizado sus actuaciones y de que sea un órgano distinto y competente del Poder Judicial quien aprecie los hechos ejecutados, ha decidido requerir al Fiscal General de la República para que proceda al enjuiciamiento de los presuntos culpables, de conformidad con lo previsto en el artículo 150 del Código Penal.*
3. *Al tomar el presente Acuerdo, la Corte ha tenido en consideración la circunstancia de la persistencia de campañas de nuestros contra (sic) el Poder Judicial y sus funcionarios, incluso contra algunos Magistrados de esta Corte, parte y culminación de las cuales se encuentran configuradas en los hechos que han sido antes examinados.*
4. *Por último, considera oportuno la Corte hacer un llamado cordial pero categórico a los medios de comunicación social para que se abstengan*

de dar cabida a sus espacios a expresiones ofensivas e injuriosas como las que han sido objeto de su repudio en los considerandos anteriores.

El uso correcto de la libertad de expresión del pensamiento garantizada en la Carta Fundamental, constituye la única e insustituible defensa del sistema democrático que le sirve de sustento y por cuya preservación deben luchar en primer lugar los integrantes de una profesión que estaría constantemente amenazada por cualquier otro sistema jurídico-político-diferente.”¹¹⁷

Caso Pablo Aure, 2001

El 8 de agosto de 2001, fue detenido preventivamente, en el estado Carabobo, el abogado y profesor universitario Pablo Aure por el presunto delito de vilipendio en contra de la Fuerza Armada en un escrito en la sección Cartas a *El Nacional* titulado “Generales en Pantaletas”. La decisión judicial correspondía al juez militar 3º permanente de Caracas, coronel César Rodríguez. El día 10 de enero de 2001, Aure fue liberado mediante una medida de presentación mensual al tribunal militar, debido a su tratamiento médico. Ese mismo día, el entonces Ministro de la Defensa, Eliécer Hurtado Soucre, realizó una rueda de prensa en la que cuestionó directamente a Pablo Aure y pidió respeto para la Fuerza Armada Nacional basándose en el Código Orgánico de Justicia Militar. Igualmente, el Ministro divulgó correspondencia electrónica del imputado lo que constituye una violación de la privacidad de las comunicaciones, delito por el cual se desconoce si se inició una averiguación sobre el funcionario que la ordenó.

¹¹⁷ Tomado de GONZALEZ HORGANERO, Violeta y MARTÍN CORONA, José, “El Derecho frente a la Comunicación”, Mobillibros, Caracas-1991, Págs. 122 y 123, citado por FAÜNDEZ, Héctor y SUÁREZ, Jorge Luis, op. cit., p. 179.

La detención de Pablo Aure, generó una larga lista de reacciones contrarias a tal decisión de la jurisdicción penal militar. El Fiscal General de la República, fue enfático al resaltar que este ciudadano no puede ser enjuiciado por la justicia militar, sino por la jurisdicción ordinaria civil. El periodista y entonces Ministro de Relaciones Exteriores, José Vicente Rangel, también consideró que esa decisión era una extralimitación. Posteriormente, el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Santiago Cantón, recordó que "la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión rechazan toda legislación restrictiva y la utilización del proceso penal o militar para proteger el honor de las personas". Igualmente la organización de derechos humanos Human Rights Watch (HRW), remitió correspondencia al Presidente de la República, cuestionando la medida. En esa carta HRW manifiesta su preocupación por el caso e insta a que se realicen las modificaciones en el Código Penal para derogar el vilipendio como delito.

La Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia decidió que el caso de Pablo Aure debía pasar a jurisdicción del Juzgado Cuarto de Primera Instancia, en funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, para que éste determine cuál tribunal penal ordinario sería el encargado de decidir acerca del presunto delito de vilipendio. Por su parte, la Asamblea Nacional realizó una investigación en la que concluyó, paradójicamente, que en el caso de Pablo Aure, no se violaron las disposiciones relacionadas con los derechos humanos.¹¹⁸ Este caso se mantiene abierto ante la jurisdicción nacional pero ante tribunales penales civiles,

del mismo modo los acusados llevaron el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, organismo que en varias oportunidades ha ratificado la incompatibilidad de una sanción penal en el caso de los delitos por vilipendio.

La Sentencia 1013

La controversial sentencia 1013 realizada a propósito de una solicitud de amparo, por derecho a réplica, del ciudadano Elías Santana, contiene numerosas aristas a ser consideradas entre las que se incluyen los particulares de la sentencia orientados a justificar las leyes venezolanas que incluyen el desacato o vilipendio.

... "Por otra parte, si bien es cierto que la libertad de expresión es irrestricta en el sentido que no puede ser impedida por la censura previa oficial (ya que de hecho los medios de comunicación masiva, públicos o privados, limitan lo que se ha de difundir mediante ellos), una vez emitido el pensamiento, la idea o la opinión, el emisor asume plena responsabilidad por todo lo expresado, tal como lo señala el artículo 57 constitucional, y surge así, conforme a la ley, responsabilidad civil, penal, disciplinaria, o de otra índole legal, conforme al daño que cause a los demás la libertad de expresión utilizada ilegalmente..."

...Puede suceder que, con lo expresado se difame o injurie alguien -artículos 444 y 446 del Código Penal - ; o se vilipendie a funcionarios o cuerpos públicos - artículos 223 y 226 del Código Penal - ; o se ataque la reputación o el honor de las personas, lo que puede constituir un hecho ilícito que origine la reparación de daños materiales y morales, conforme al artículo 1196 del Código

118 Cfr. Provea, Informe sobre la situación de derechos humanos en Venezuela 2000-2001, Capítulo Libertad de expresión y de información, En: www.derechos.org/ve

*Civil... Éstos y muchos otros delitos y hechos ilícitos pueden producir la "libertad de expresión"; de allí que el artículo 57 constitucional señale que quien ejerce dicho derecho, asume plena responsabilidad por todo lo expresado, responsabilidad, que al menos en materia civil, puede ser compartida, en los casos de comunicación masiva, por el que pudiendo impedir la difusión del hecho dañoso, la permite, convirtiéndose en coautor del hecho ilícito, conforme a lo previsto en el artículo 1.195 del Código Civil...*¹¹⁹

Junto con la voluntad de legislar sobre los medios con una sentencia judicial, superando los límites de la interpretación y por tanto violentando lo establecido en los tratados internacionales, los magistrados pretenden legitimar los delitos de vilipendio, es decir estableciendo responsabilidades penales para la comunicación pública. En un párrafo expresamente señalan el carácter vinculante de la sentencia y por tanto reivindican su potencialidad regulatoria. La sentencia no establece o argumenta acerca de la pertinencia de este tipo de considerandos que justifican la penalización de la opinión, ni desde la posible vulneración de la honra o el perjuicio para la sociedad democrática. Su argumento se queda en el enunciado y es escaso para responder a la abundante doctrina interamericana que promueve una despenalización para los delitos de desacato y los reduce a sanciones en el ámbito civil.

c) La jurisprudencia de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Son clásicas las críticas del movimiento de derechos humanos sobre el uso indebido de la justicia militar y sobre sus contradicciones internas que la hacen una "justicia poco justa". El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos a través de la Comisión y de la Corte también se ha pronunciado de manera abundante sobre ello.

La muestra la constituyen por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, un par de sentencias, como son:

El Caso Ivcher Bronstein, de fecha 6 de febrero de 2001

La Comisión presentó esta demanda con el propósito de que la Corte decidiera si el Estado de Perú violó, en perjuicio del señor Baruch Ivcher Bronstein... los artículos ... 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión),... de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De acuerdo con la exposición hecha por la Comisión, el Estado privó arbitrariamente del título de nacionalidad al señor Ivcher Bronstein, ciudadano peruano por naturalización, accionista mayoritario, Director y Presidente del Directorio del Canal 2 -Frecuencia Latina- de la televisión peruana, con el objeto de desplazarlo del control editorial de dicho canal y de coartar su libertad de expresión, la cual se manifestaba a través de denuncias de graves violaciones a derechos humanos y de actos de corrupción.¹²⁰

En relación con la violación del artículo 13 de la Convención Americana sobre

119 Sentencia 1013, Tribunal Supremo de Justicia, En: www.tsj.gov.ve

120 Caso "Ivcher Broinstein", sentencia del 6 de febrero de 2001, Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafos 2 y 3.

Derechos Humanos, la Comisión alegó que¹²¹:

- “... d) *el artículo 13 de la Convención corresponde a un concepto amplio de la libertad de expresión y autonomía de las personas; su objetivo es proteger y fomentar el acceso a información, ideas y expresiones de toda índole y, de ese modo, fortalecer el funcionamiento de la democracia pluralista;*
- e) *la libertad de expresión permite el debate abierto sobre los valores morales y sociales y facilita el discurso político, central para los valores democráticos;*
- f) *tanto la Corte Europea de Derechos Humanos... como el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas han reconocido que la libertad de expresión no se limita a permitir la circulación de ideas y opiniones aceptables, sino también de las desfavorables y minoritarias;*
- g) *la prensa, en una sociedad democrática, tiene el derecho de informar libremente y criticar al Gobierno, así como el pueblo tiene el derecho de ser informado de lo que ocurre en la comunidad...”*

Curiosamente, los representantes del Estado peruano, no presentaron argumento alguno sobre la materia.¹²²

Sobre el particular, la Corte consideró que se deben garantizar las dos dimensiones de la libertad de expresión¹²³ simultáneamente. La importancia de este derecho destaca aún más al analizar el papel que juegan los medios de comunicación en una sociedad democrática, cuando son verdaderos instrumentos de la libertad de expresión y no vehículos para restringirla, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones.¹²⁴

En el caso bajo análisis, la Corte consideró que se demostró que como consecuencia de la línea editorial asumida por el Canal 2, el señor Ivcher fue objeto de acciones intimidatorias, verbigracia, luego de la emisión de uno de los reportajes, el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas emitió un comunicado oficial en el que denunciaba al señor Ivcher por llevar a cabo una campaña difamatoria tendiente a desprestigiar a las Fuerzas Armadas.¹²⁵

Finalmente, la Corte concluyó en este caso, que el Estado peruano, “...no sólo restringió el derecho de estos a circular noticias, ideas y opiniones, sino que afectó también el derecho de todos los peruanos a recibir información, limitando así su libertad para ejercer opciones políticas y desarrollarse plenamente en una sociedad democrática...”¹²⁶ y que en consecuencia “...violó el derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 13.1 y 13.3 de la Convención, en perjuicio de Baruch Ivcher Bronstein.”¹²⁷

121 *Ibidem*, párrafo 143.

122 *Ibidem*, párrafo 144.

123 “...la dimensión individual y una dimensión social ... esta requiere por un lado que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”, *Ibidem*, párrafos 146-148.

124 *Ibidem*, párrafo 149.

125 *Ibidem*, párrafo 158.

126 *Ibidem*, párrafo 163.

127 *Ibidem*, párrafo 164.

Por su parte la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es mucho más aguda en sus trabajos, ejemplo de ello lo constituye en primer lugar el Informe sobre la Compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobado en su 88° período de sesiones y contenido en su Informe Anual 1994, de fecha 15 de febrero de 1995.

En este informe, la Comisión analiza la compatibilidad de leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a los funcionarios públicos con el derecho de libertad de expresión y pensamiento.

Su importancia radica en la competencia que tiene la Comisión¹²⁸ para calificar cualquier norma de derecho interno de un Estado como violatoria de las obligaciones que asumió al ratificar o adherirse a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que podrá recomendar al Estado, la derogación o reforma de la norma violatoria. De hecho, la Comisión recomienda a los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, en cuyos ordenamientos jurídicos existan leyes de desacato o similares, derogarlas o reformarlas para que se adecuen a los instrumentos internacionales y a las obligaciones asumidas en ellos, armonizando sus legislaciones con los tratados en materia de derechos humanos.

En este sentido, es clara, directa y precisa la propuesta de la Comisión sobre la incompatibilidad de la consagración de la figura del vilipendio o desacato con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, referido al derecho de libertad de expresión y pensamiento.

A lo largo del informe, se definen las leyes de desacato como parte integrante del derecho penal que guarda relación con

la libertad de expresión y acota que hoy día, las que subsisten, lo hacen bajo el pretexto de la necesidad de proteger el adecuado funcionamiento de la administración pública, cuando en realidad, persiguen silenciar la opinión disidente y restringir ilegítimamente el derecho fundamental en cuestión, que por lo general lleva una carga política importante.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos protege y promueve un amplio concepto de la libertad de expresión, con el objeto de preservar la existencia de las sociedades democráticas en los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos y así lo afirma la comisión en su informe.

Asimismo, el informe es bastante completo en cuanto a las responsabilidades penales derivadas de esta figura, estableciendo que el temor a sanciones penales necesariamente desalienta a los ciudadanos a expresar sus opiniones sobre problemas de interés público, en especial cuando la legislación no distingue entre los hechos y los juicios de valor. La crítica política con frecuencia comporta juicios de valor.

Consideramos que uno de los aspectos más importantes del informe de la comisión, es la observación que hace sobre el fundamento de las leyes de desacato y su contradicción con el principio de que una democracia debidamente funcional es por cierto la máxima garantía del orden público. Las leyes de desacato pretenden preservar el orden público precisamente limitando un derecho humano fundamental que es también internacionalmente reconocido como la piedra angular en que se funda la sociedad democrática. Las leyes de desacato, cuando se aplican, tienen efecto directo sobre el debate abierto y riguroso sobre la política pública que el artículo 13 garantiza

128 Reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993, Serie A N° 13, párrafo 26.

y que es esencial para la existencia de una sociedad democrática. A este respecto, invocar el concepto de “orden público” para justificar las leyes de desacato se opone directamente a la lógica que sustenta la garantía de la libertad de expresión y pensamiento consagrada en la Convención. En consecuencia, las leyes de desacato no son necesarias para asegurar el orden público en una sociedad democrática, por lo que la restricción aplicada sobre esta base no es legítima.

El informe de la comisión, concluye reiterando que:

“Los artículos 13(2) y (3) reconocen que la zona de intervención legítima del Estado comienza cuando la expresión de una opinión o una idea interfiere directamente con los derechos de los demás o constituye una amenaza directa y evidente para la vida en sociedad. Sin embargo, en la arena política en particular, el umbral para la intervención del Estado con respecto a la libertad de expresión es necesariamente más alto debido a la función crítica del diálogo político en una sociedad democrática. La Convención requiere que este umbral se incremente más aún cuando el Estado impone el poder coactivo del sistema de la justicia penal para restringir la libertad de expresión. En efecto, si se consideran las consecuencias de las sanciones penales y el efecto inevitablemente inhibitorio que tienen para la libertad de expresión, la penalización de cualquier tipo de expresión sólo puede aplicarse en circunstancias excepcionales en las que exista una amenaza evidente y directa de violencia anárquica.

La Comisión considera que la obligación del Estado de proteger los derechos de los demás se cumple estableciendo una protección estatutaria contra los ataques intencionales al honor y a la reputación mediante acciones civiles y promulgando leyes que garanticen el

derecho de rectificación o respuesta. En este sentido, el Estado garantiza la protección de la vida privada de todos los individuos sin hacer un uso abusivo de sus poderes coactivos para reprimir la libertad individual de formarse opinión y expresarla.

En conclusión, la Comisión entiende que el uso de tales poderes para limitar la expresión de ideas se presta al abuso, como medida para acallar ideas y opiniones impopulares, con lo cual se restringe un debate que es fundamental para el funcionamiento eficaz de las instituciones democráticas. Las leyes que penalizan la expresión de ideas que no incitan a la violencia anárquica son incompatibles con la libertad de expresión y pensamiento consagrada en el artículo 13 y con el propósito fundamental de la Convención Americana de proteger y garantizar la forma pluralista y democrática de vida.”

Adicionalmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en sus informes sobre casos particulares, ha expresado:

Informe N° 22/94, Caso 11.012, Argentina, Solución amistosa, 20 de septiembre de 1994.

Horacio Verbistky, periodista, en un momento en el que había en Argentina un proyecto para incrementar el número de jueces de la Corte Suprema de la Nación y le preguntan en televisión a uno de los jueces de la Corte, qué es lo que piensa de este proyecto, y él dice “me da asco”. Independientemente de las razones que tuvo el juez para expresarse de esa forma, Verbistky publica en una columna suya un artículo titulado “Asqueroso” y se refiere a los comentarios de este magistrado de la Corte Suprema, descalificándolo por supuesto. Eso significó una acción penal (condena a prisión) por parte del juez en

contra del periodista por el delito de desacato, al supuestamente injuriar al señor Augusto César Belluscio, Ministro de la Corte Suprema. El caso fue llevado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y allí terminó resolviéndose.

Lo interesante es que ese caso, fue determinante y explosivo ya que con él se inició una serie de acciones por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos encaminadas a lograr la derogación de las leyes de desacato. En efecto, fue seguido casi inmediatamente por el Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos sobre la cual hemos reflexionado.

La adopción del informe y paralelamente el caso en contra del periodista Verbistky permitió que en un acuerdo amistoso celebrado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se lograra precisamente la derogación de las leyes de desacato que en Argentina hoy no existen. Pero al mismo tiempo se viene insistiendo mucho exactamente en lo mismo en otros países.

También en los informes por países emanados de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se efectuaron algunas recomendaciones en consideración a lo anterior.

Por ejemplo, en su **Segundo Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en el Perú del año 2000**, en su Capítulo V, referido a la Libertad de Expresión en el Perú, entre las recomendaciones que formuló la Comisión al Estado peruano se encuentra: "...(4) Adoptar las medidas necesarias para compatibilizar la legislación doméstica con la Convención Americana mediante la derogación del artículo 374 del

Código Penal que consagra la figura del desacato..."¹²⁹

De igual manera, la **Relatoría Especial para la Libertad de Expresión**, en el Capítulo III sobre Legislación y Libertad de Expresión – Seguimiento a la legislación interna de los Estados miembros, de su **Informe Anual 2000**¹³⁰, ratifica la doctrina y la jurisprudencia regional, europea y universal sobre las leyes de desacato. Expresa que: "Las organizaciones internacionales y las organizaciones no gubernamentales de todo el mundo han expresado en forma uniforme la necesidad de abolir estas leyes, que limitan la libertad de expresión al castigar las expresiones que pudieran ofender a los funcionarios públicos."¹³¹

Asimismo, resaltó los principios sobre libertad de expresión y protección de la reputación de la organización no gubernamental, artículo XIX, en estos términos:

"Estos principios redactados por un panel internacional de expertos sobre aspectos relacionados con la libertad de expresión, "se basan en el derecho y las normas internacionales, la práctica nacional (reflejada, inter alia, en las leyes nacionales y los fallos de los tribunales nacionales) y los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad de naciones. Tienen por finalidad servir de guía a todos los Estados sobre el grado en que puede limitarse el derecho humano fundamental de la libertad de expresión con el fin de proteger el legítimo interés de la reputación. La conclusión del documento es que tales restricciones deben "fijarse en términos estrechos" y ser "necesarias" para lograr ese propósito legítimo. El principio 4(a) establece que todas las leyes sobre difamación deben abolirse y reemplazarse,

129 Segundo Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en el Perú (2000), Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 114(4).

130 OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 20 rev., 16 abril 2001

131 Informe Anual 2000 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 20 rev., 16 abril 2001. Cap. III, párrafo 5.

*cuando sea necesario, con leyes apropiadas de difamación civil... El Principio 8, sobre funcionarios públicos, establece que “en ninguna circunstancia las leyes sobre difamación deben proporcionar protección especial a los funcionarios públicos, cualquiera sea su rango o situación. Este principio abarca la manera en que las demandas se presentan y procesan, las normas que se aplican para determinar si el demandado es responsable y las sanciones que pueden imponerse.”*¹³²

Uno de los aspectos más importantes, es el referido al registro de los casos de las violaciones al derecho a la libertad de expresión mediante el uso de leyes de desacato, de los cuales en el informe, sólo se citan algunos. Esto demuestra el grado de alarma que existe en la región por el evidente menoscabo del ejercicio del derecho de libertad de expresión.

Finaliza la relatoría su informe, ratificando que:¹³³

“Como lo indican los casos antes señalados, en todo el hemisferio se utilizan las leyes de desacato y difamación para castigar a periodistas y otras personas por difundir información que el público tiene el legítimo derecho de conocer en una sociedad democrática.

“Independientemente de la frecuencia con que se invoquen o apliquen, su existencia produce un efecto amedrentador sobre la expresión de críticas al gobierno. Por esta razón, el Relator Especial insta a los Estados a la inmediata derogación de todas las leyes de desacato citadas en este Informe. Por la misma razón, los Estados deben adoptar medidas para eliminar las leyes penales de

difamación, injurias y calumnias, particularmente en los casos en que la parte ofendida sea un funcionario público, e incorporar la doctrina del dolo real y efectivo en su legislación relativa a los delitos contra el honor y la reputación.”

Para cerrar esta sección, quisiéramos hacer mención al **Comunicado de Prensa N° 5/02 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**, sobre su evaluación preliminar de la visita a Venezuela que hiciera su representante durante el mes de **febrero de 2002**.

El objetivo de dicha visita fue recabar información sobre la situación de la libertad de expresión en ese país y efectuar asimismo una evaluación preliminar para la preparación de una visita *in loco* que la CIDH realizó en el mes de mayo del 2002.

Entre las consideraciones que hace el Secretario Ejecutivo, señala que la libertad de expresión permite que los conflictos inherentes a toda sociedad se debatan y se resuelvan sin destruir el tejido social, manteniendo el equilibrio entre la estabilidad y el cambio, elemento fundamental para el desarrollo democrático. Además de coadyuvar a la protección de los demás derechos fundamentales, la libertad de expresión cumple un rol esencial en el control de la gestión gubernamental, ya que expone los abusos de poder, así como las infracciones a la ley cometidas en perjuicio de los ciudadanos. Cuando se restringe o limita la libertad de expresión, la democracia pierde su dimensión social colectiva y permanente, volviéndose un simple arreglo institucional formal en el cual la participación social no es efectiva.

Entre las observaciones del Secretario Ejecutivo de la Comisión Interamericana,

132 *Ibidem*, párrafo 32.

133 *Ibidem*, párrafos 50 y 51.

se encuentra la concerniente a que en el Código Penal y Código de Justicia Militar venezolano se consagran leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a autoridades del Estado y funcionarios públicos, conocidas como leyes de vilipendio (leyes de desacato). La CIDH afirma que las leyes que protegen el honor de los funcionarios públicos que actúan en carácter oficial les otorga injustificadamente un derecho a la protección mayor del que no disponen los demás integrantes de la sociedad. Esa distinción invierte directamente el principio fundamental de un sistema democrático que sujeta al gobierno a controles, como el escrutinio público, para impedir y controlar el abuso de sus poderes coercitivos. Los funcionarios públicos deben tener un escrutinio mayor por parte de la sociedad, como garantía del sistema democrático.

d) La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos

En el Sistema Europeo, la libertad de expresión está fuertemente protegida. Si bien el artículo 10 del Convenio Europeo de derechos humanos y las libertades fundamentales no es tan generoso como el artículo 13 de la Convención Americana, la jurisprudencia europea es la pionera en ofrecer una interpretación amplia y extensiva del derecho a la libertad de expresión. Bastará nuestra reflexión sobre un par de casos emblemáticos y la referencia que en estos se hace a otros que contienen y ratifican la interpretación del sistema.

Antes de revisar la descripción de los casos, hay que señalar que en ambos, las sentencias fueron el producto de la presen-

tación de estos por parte de la hoy extinta Comisión Europea de Derechos Humanos.

Sentencia del caso "Lingens vs. Austria", de fecha 8 de julio de 1986

El demandante fue condenado por haber empleado algunas expresiones ("el peor oportunismo" u "oportunismo odioso", "inmoral", "indigno") en relación con el señor Kreisky quien era Canciller Federal en ese momento, en dos artículos de prensa publicados por la revista *Profil*. En los artículos se trataban cuestiones políticas de interés público para Austria, que suscitaron numerosas y apasionadas discusiones sobre la actitud de los austríacos en general, y del Canciller en particular, frente al nacional-socialismo y la participación de los antiguos nazis en el gobierno del país. Su contenido y tono eran, en conjunto, bastante equilibrados, pero el empleo especialmente de los términos antes citados parecían capaz de perjudicar al buen nombre del señor Kreisky. La reacción de demandar de Lingens ocurre como consecuencia de la calificación que hizo Kreisky de sus actividades como "métodos mafiosos"¹³⁴.

En relación con la violación del artículo 10 del Convenio Europeo, se generaron aspectos de interés como por ejemplo, "la injerencia de autoridades públicas" en el ejercicio de la libertad de expresión. En este sentido expresó la Corte que¹³⁵:

"Una injerencia así infringirá el Convenio si no cumple las exigencias del apartado 2 del artículo 10. Hay que determinar, por consiguiente, si la injerencia estaba "prevista por la ley", si se decía a alguna de las finalidades legítimas a que se refiere el artícu-

134 Sentencia del caso "Lingens vs. Austria", de fecha 8 de julio de 1986, Corte Europea de Derechos Humanos, párrafos 9 y 10 citados en el párrafo 43.

lo 10.2 y si era “necesaria en una sociedad democrática” para entender a alguna de ellas.”¹³⁶

Así, se centra la argumentación en la cuestión de si la injerencia era “necesaria en una sociedad democrática para atender a la finalidad mencionada”.

El demandante invocó su función de periodista, y entiende que, como tal, tenía que opinar sobre las declaraciones del señor Kreisky, y que un político, como debe estar acostumbrado a atacar a sus adversarios, tiene que esperar ser objeto de críticas más duras que cualquier otra persona. La Corte sobre este punto, comprobó que los términos que se censuran al señor Lingens se referían a determinadas declaraciones públicas y a su comportamiento como personalidad política en relación con los antiguos nazis y al nacional-socialismo.¹³⁷

En sus apartes 40 y 41 de la sentencia, la Corte Europea ratificó que la libertad de expresión, consagrada por el apartado 1 del artículo 10, es uno de los principales fundamentos de una sociedad democrática y una de las condiciones más importantes para su progreso y el desarrollo individual. Sin perjuicio del apartado 2, no se aplica solamente a las “informaciones” o “ideas” que se reciben favorablemente o se consideran inocuas o indiferentes, sino también a las que ofende, hieren o molestan. Así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y la mentalidad amplia, sin los cuales no hay “sociedad democrática”¹³⁸.

Asimismo, se establece que estos principios son especialmente importantes para la prensa, aunque ésta no debe traspasar los límites establecidos singularmente para

la “protección de la fama ajena”, le incumbe, sin embargo, publicar informaciones e ideas sobre las cuestiones que se discuten en el terreno político y en otros sectores de interés público. Además, la libertad de prensa proporciona a la opinión pública uno de los mejores medios para conocer y juzgar las ideas y actitudes de los dirigentes políticos. En términos más generales, la libertad de las controversias políticas pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática que inspira al Convenio.

Por consiguiente, ha sentenciado la Corte Europea que los límites de la crítica permitida son más amplios en relación a un político considerado como tal que cuando se trata de un mero particular; el primero, a diferencia del segundo, se expone, inevitable y deliberadamente, a una fiscalización atenta de sus actos y gestos, tanto por los periodistas como por la multitud de ciudadanos, y por ello tiene que mostrarse más tolerante. Ciertamente, el artículo 10.2 permite proteger la fama ajena, es decir, la de todos. El político disfruta también de esta protección, incluso cuando no actúa en el marco de su vida privada, pero en este caso las exigencias de esta protección deben equilibrarse con los intereses de la libre discusión de las cuestiones políticas.

La hoy extinta Comisión Europea de Derechos Humanos, formuló su opinión en su Informe del 11 de octubre de 1984, y particularmente en cuanto a la posible justificación de los ataques a la libertad de expresión del demandante en virtud del artículo 10.2 del Convenio, consideró fundamental en una sociedad democrática que

135 *Ibidem*, párrafo 35.

136 Véase la sentencia en el caso “Barthold” de 25 de marzo de 1985, serie A, núm. 90, p. 21, párrafo 43, citada por sentencia del caso “Lingens vs. Austria”, de fecha 8 de julio de 1986, Corte Europea de Derechos Humanos, párrafo 35.

137 Sentencia del caso “Lingens vs. Austria”, de fecha 8 de julio de 1986, Corte Europea de Derechos Humanos, párrafos 37 al 39.

138 Sentencia en el caso “Handyside” de 7 de diciembre de 1979, serie A, núm. 24, p. 23, párrafos 49 y 50.

se reconozca el principio del pluralismo de opiniones, incluso las que ofendan o molesten. Para asegurar eficazmente la libertad de expresión se deben aplicar las restricciones con un espíritu de pluralismo y de tolerancia y con mentalidad abierta, sobre todo cuando se trata de materia política.¹³⁹

En cuanto a la injerencia en la libertad de expresión, la Corte Europea concluyó, que ello conllevó a un atentado sustancial de la libertad de opinión, no habiéndose demostrado la mala fe del periodista.

Sentencia del caso “Castells vs. España”, del 23 de abril de 1992

El señor Miguel Castells, ciudadano español, residía en San Sebastián donde ejercía la profesión de abogado. En esa época era senador elegido por la lista de Herri Batasuna, formación política que propugna la independencia del país vasco. La sala de lo penal del Tribunal Supremo español dictó sentencia, mediante la cual impuso al recurrente una pena de prisión de un año y un día por injurias menos graves al gobierno acompañada de una pena accesoria, suspensión del derecho para ejercer cualquier función pública o profesión durante ese mismo período, y la condena en costas, todo ello por haber escrito un artículo que fue publicado en un semanario, que se titulaba “Insultante impunidad” en el cual hacía graves denuncias sobre la impunidad vigente en las esferas del gobierno.

Uno de los aspectos resaltantes de esta decisión está referida a la veracidad de las informaciones, concluyendo la Corte, que dicha veracidad no tenía una importancia determinante en el caso de una acusación de injurias contra el gobierno. Sobre la legitimidad del fin perseguido, ratificó que la injerencia no tuvo por objeto proteger el or-

den público y la seguridad nacional, sino más bien el honor del gobierno demandado.

Argumentos tales como, que la seguridad del Estado podía verse amenazada por los intentos de desprestigiar a las instituciones democráticas, pues el escrito perseguido del señor Castells no se limitaba a exponer una situación muy grave, caracterizada por numerosos atentados y asesinatos en el País Vasco, sino que además denunciaba la pasividad de las autoridades, especialmente de la policía e incluso su connivencia con los culpables, y concluía con la responsabilidad del Gobierno, fueron esgrimidos por el Estado español.

Sobre el particular, la Corte Europea reiteró que la libertad de expresión, constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales para su progreso. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2, esta libertad es aplicable no solamente a las “informaciones” o “ideas” acogidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que resultan opuestas, lastiman o inquietan. Así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe “sociedad democrática”. La libertad de expresión, preciosa para cualquier persona, lo es muy particularmente para un elegido del pueblo, ya que representa a sus electores, expone sus preocupaciones y defiende sus intereses. Consiguientemente, en el caso de injerencia en la libertad de expresión de un parlamentario de la oposición, según ocurrió con el Sr. Castells, la Corte Europea se impuso la aplicación del control más estricto.¹⁴⁰

Finalmente, concluye la Corte Europea, que los límites de la crítica admisible son más amplios en relación al Gobierno que a un simple particular, e incluso que a

139 Sentencia del caso “Lingens vs. Austria”, de fecha 8 de julio de 1986, Corte Europea de Derechos Humanos, párrafo 84.

140 Sentencia del caso “Castells vs. España”, del 23 de abril de 1992, Corte Europea de Derechos Humanos, párrafo 41.

un político. En un sistema democrático sus acciones u omisiones deben estar situadas bajo el control atento no sólo de los poderes legislativo y judicial, sino también de la prensa y de la opinión pública. Además, la posición dominante que ocupa le exige mostrar moderación en el recurso a la vía penal, sobre todo cuando existan otros medios de responder a los ataques y críticas injustificadas de sus adversarios o de los medios de comunicación.¹⁴¹

En el voto particular concordante del Juez De Meyer, éste señala: “Cabe añadir que en caso de injurias, calumnias y difamación, no conviene que las instituciones estén más protegidas que las personas y que el gobierno lo esté más que la oposición.”

Ya para finalizar, en la **sentencia del caso “Jersild vs. Dinamarca”, del 23 de septiembre de 1994**¹⁴², en las consideraciones que hace la Corte Europea sobre la violación del artículo 10 del Convenio Europeo, se ratifican los argumentos citados sobre la injerencia con el derecho a la libertad de expresión en el caso particular de la efectuada para preservar la protección a la reputación y los derechos de otros, así como el argumento en relación con la disputa de si las medidas son necesarias en una sociedad democrática.

e) La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos

En su 49º período de sesiones, la Comisión de Derechos Humanos pidió a su Presidente, en la resolución 1993/45 de 5 de marzo de 1993, que designara, por un período de tres años, a un Relator Especial para la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión. Desde 1994, este Relator realiza

anualmente informes que son debidamente presentados al Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU). En él informa de los diversos aspectos relacionados con la libertad de expresión en el mundo. En el conjunto de los informes anuales del Relator, y especialmente en el correspondiente al año 1999 encontramos algunas consideraciones acerca de los casos de desacato o vilipendio. Primero señala algunos casos emblemáticos y menciona el caso Verbitsky en el Sistema Interamericano y el de Lingens en el Sistema Europeo.

Un examen de los casos contenidos en varios informes temáticos y de país presentados a la Comisión de Derechos Humanos indica que en algunos países el publicar información sobre conducta criminal o corrupta de las autoridades y/o funcionarios sigue llevando a amenazas de muerte, hostigamiento, intimidación, ataques y asesinatos -con frecuencia por parte de las fuerzas armadas, la policía, el servicio de seguridad o personas que actúan con el consentimiento de esos órganos. Por ejemplo, así sucede en Croacia donde según ha comunicado la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en Zagreb, al mes de mayo de 1998 había 400 procesos civiles y 130 penales por difamación pendientes contra periodistas y editores.

A causa de todo ello, el Relator Especial está firmemente convencido de que es muy importante promover la conciencia pública para asegurar que no se utilice el Derecho Penal de mala forma para acabar con la conciencia pública y suprimir el debate de cuestiones de interés general específico. Como mínimo debe quedar entendido que:

141 *Ibidem*, párrafo 46.

142 Corte Europea de Derechos Humanos, Caso “Jersild vs. Dinamarca”, Serie A, Nº 298.

- a) *el único propósito legítimo de las leyes de difamación, libelo, calumnia e insulto es proteger las reputaciones, lo cual implica que el concepto de difamación solamente se aplicará a personas, no a banderas, Estados, grupos, etc.; estas leyes nunca deberían utilizarse para impedir la crítica del Gobierno o ni siquiera por razones tales como el mantenimiento del orden público, para lo cual ya existen leyes específicas;*
- b) *las leyes sobre difamación deberían reflejar el principio de que las figuras públicas tienen que tolerar un mayor grado de crítica que los ciudadanos privados; las leyes sobre difamación no deberían ofrecer protección especial al Presidente ni a otras figuras políticas importantes; debería preverse recurso e indemnización de acuerdo con el derecho civil;*
- c) *las normas que se apliquen a la legislación sobre difamación no deberían ser tan estrictas como para menoscabar la libertad de expresión;*
- d) *exigir la verdad en el contexto de las publicaciones relacionadas con cuestiones de interés público es excesivo; debería bastar con que se hicieran esfuerzos razonables para averiguar la verdad;*
- e) *respecto de las opiniones, debería estar claro que solamente se pueden considerar calumnias las opiniones que sean abiertamente poco razonables;*
- f) *la responsabilidad de demostrar todos los elementos debería corresponder a quienes pretenden haber sido difamados más que al acusado; cuando se trate de determinar la ver-*
- dad, la carga de la prueba debería corresponder al demandante;*
- g) *en los procesos por difamación y libelo, debería disponerse de distintos recursos tales como la disculpa y la corrección; y*
- h) *las sanciones por motivo de difamación no deberían ser tan enormes que menoscabaran la libertad de opinión y expresión y el derecho a buscar, recibir e impartir información; nunca deberían aplicarse sanciones penales, en particular penas de prisión.¹⁴³*

Las consideraciones del Relator resumen los principales elementos de la doctrina internacional acerca del vilipendio. Queremos destacar que a pesar de los numerosos casos relacionados a la libertad de expresión que se registran ante las oficinas y relatorías de las Naciones Unidas, pocos son elevados por el mecanismo de quejas individuales ante el Comité de Derechos Humanos y existen muy pocos casos referidos al artículo 19. En uno de los primeros casos un ciudadano francés de origen bretón exige que le sea respondida una carta escrita en ese idioma por parte de los tribunales nacionales. Su queja fue declarada inadmisibile por el Comité.¹⁴⁴ En otro caso la Sra. Auli Kivenmaa, ciudadana finlandesa reclama la violación del artículo 19 por cuanto en una manifestación le fue retirada una pancarta en contra de un visitante extranjero. El Comité acordó que: “El derecho de toda persona a expresar sus opiniones políticas, incluidas obviamente sus opiniones sobre la cuestión de los derechos humanos, forma parte de la libertad de expresión garantizada por el artículo 19 del Pacto. En este caso en particular, la autora de la comunicación ejerció su derecho desplegando una pancarta. Es cierto que el artículo 19 autoriza a restrin-

143 E/CN.4/1999/64 Informe del Relator Especial sobre la libertad de opinión y de expresión. Párrafos 28 y 29.

gir por ley la libertad de expresión en determinadas circunstancias. No obstante, en el presente caso el Estado parte no ha hecho referencia a una ley que permita restringir esta libertad ni ha demostrado que era necesaria la restricción.”¹⁴⁵

La expresión no solamente está asociada a la posibilidad de hacerlo en los medios, sino que existe una interrelación con otros derechos, por ejemplo la posibilidad de reunirse o manifestarse. El Comité recibió también la queja del Sr. Jong-Kyu Sohn, ciudadano de la República de Corea, quien se manifestó en apoyo a la huelga que realizaban los trabajadores de la empresa Daewoo. Por ello fue sentenciado a un año y medio de prisión y tres de libertad condicional. En los párrafos referidos a la decisión el Comité señaló que: “El párrafo 2 del artículo 19 del Pacto garantiza el derecho a la libertad de expresión y 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’. El Comité considera que el autor, al unirse a otros para publicar una declaración en apoyo de la huelga y criticando al gobierno, estaba ejercitando su derecho de difundir información e ideas en el sentido del párrafo 2 del artículo 19 del Pacto.”¹⁴⁶ Igualmente le indicó al Estado coreano la obligación de reparar el daño causado por esta pena al ciudadano Jong Kyu Sohn.

En otro caso de 1993, un ciudadano francés manifiesta que una restricción referida al genocidio nazi, afecta su derecho a la libre expresión y a la libertad de cátedra. El Comité consideró que la ley referi-

da cumplía con los requisitos establecidos en el Pacto para su aplicación y por lo tanto negó la petición y le dio la razón al Estado francés.¹⁴⁷

El Sr. Keun-Tae Kim, ciudadano coreano preparó documentos en los que se criticaba al Gobierno de la República de Corea y a sus aliados extranjeros, y se instaba a la reunificación nacional. Según las sentencias nacionales y de acuerdo a las leyes, debidamente aprobadas, fue sentenciado a tres años de presidio. El Comité evaluó cada una de las pruebas y consideró que las expresiones del mencionado ciudadano no implicaban peligro alguno y que por tanto, “considera que el Estado Parte no especificó el carácter concreto de la amenaza que constituía el ejercicio de la libertad de expresión por el autor y por tanto, el Comité considera que la restricción del derecho a la libertad de expresión del autor no era compatible con los requisitos del párrafo 3 del artículo 19 del Pacto.”¹⁴⁸

El Comité, interpretando el Pacto en estas cinco decisiones, establece un criterio que permite la restricción siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el derecho internacional y que el Estado demuestre que la expresión afecta la estabilidad de la seguridad interna. Observamos una jurisprudencia que protege ampliamente la posibilidad de la expresión de los ciudadanos. En los casos analizados se puede apreciar una conexión entre la libertad de expresión y la acción ciudadana de los gremios, especialmente en los casos de Corea. Por otra parte, podemos afirmar que ese trata de una acepción amplia de la expresión que incluye la posibilidad de hacerlo en manifestaciones y reuniones.

144 Comunicación No. 220/1987 del Comité de Derechos Humanos 37º período de sesiones

145 Comunicación No. 412/1990 del Comité de Derechos Humanos 50º período de sesiones.

146 Comunicación N° 518/1992 del Comité de Derechos Humanos 54º período de sesiones.

147 Comunicación N° 550/1993 del Comité de Derechos Humanos 58º período de sesiones.

148 Comunicación N° 574/1994 del Comité de Derechos Humanos 64º período de sesiones.

Conclusión

La circunstancia de que existan leyes que penalicen la expresión ofensiva y despreciante hacia los representantes del Poder Público en numerosos países del mundo, constituye una grave violación de las normas internacionales que consagran el derecho a la libertad de expresión. Los sistemas regionales mantienen especial vigilancia sobre las observaciones y recomendaciones que han efectuado a los Estados para que sean abolidas las penas mediante la derogación de la figura del vilipendio y las leyes de desacato o en su defecto, la modificación que prevé su penalización.

La tendencia universal está encaminada a establecer como condición propia de la función pública, una mayor tolerancia por parte de quienes se consideran representantes de la ciudadanía y por ende elaboran políticas y administran sus recursos. En este sentido, se entiende que estos están más expuestos al escrutinio público y en particular a la crítica política relacionada esencialmente con la gestión que realizan.

No obstante, existen casos singularmente alarmantes, por ejemplo en la región latinoamericana y en la región europea, que en principio, han servido para que a través de los instrumentos regionales de protección de los derechos humanos -así como el universal- se sienten las bases para la efectiva protección del derecho a la libertad de expresión como derecho fundamental, independientemente de cuál sea el fundamento que se adopte para justificar su protección. Por ello, a pesar de que se

mantienen vigentes las leyes que penalizan la expresión a la autoridad pública así como a la Fuerza Armada en muchos países, hoy día los casos en el ámbito internacional, son resueltos en función de la doctrina y la jurisprudencia ya establecida.

Consideramos sumamente positivos los alcances que se han logrado en esta materia, pero igualmente, señalamos la especial atención que se debe mantener en calidad de ‘seguimiento’ a la actitud y reconocimiento que se adopte en los países en los cuales están pendientes las tareas de derogación de este tipo de figura.

El sistema democrático de gobierno se ha impuesto en nuestra sociedad mundial globalizada, por lo que al considerar la libertad de expresión como piedra angular de una sociedad democrática, reiteramos la necesidad que tenemos de ejercer dicho derecho. De otra forma, estaríamos reconociendo lo inútil del papel y de las formas ante los abusos del poder estatal.

Pero no siempre es así, el otro lado de la moneda nos muestra la necesidad asimismo de regular con mucha cautela, los límites y restricciones que al ejercicio de este derecho deben existir, por lo que reconocemos que existen intereses superiores que en un momento determinado, pueden prevalecer sobre la libertad de expresión.

Las legislaciones penales y militares deben ser el producto de una sensata reflexión sobre este particular, considerando la evolución histórica del vilipendio desde sus inicios. Procuremos y no solo confiemos para que así sea.

Bibliografía

- AZNAR, Hugo. "Comunicación responsable", Editorial Ariel, Barcelona.
- AGUIAR, Asdrúbal. "Observaciones al Informe sobre artículos aprobados por la Comisión de Derechos Humanos de la Asamblea Nacional Constituyente para su inclusión en el texto constitucional", Mimeo, 26-9-1999.
- AGUILA del, Rafael, VALLESPIN, Fernando y otros. "La democracia en sus textos", Alianza Editorial, Madrid 1998, España.
- ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto. "Estudios de Derecho Penal", Editorial Jurídica ALVA S.R.L., Caracas 1987, Venezuela.
- ASTROSA HERRERA, Renato. "Derecho Penal Militar", Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1971, Chile.
- BALDA Cantisani, Germán. "Derecho Penal Militar", Editorial San Camilo, Caracas 1949, Venezuela.
- BERLANGA SANTOS, José Luis. "Teoría simbólica de la democracia y la participación ciudadana en México", Mimeo.
- BIANCHI, Tomás Enrique y GULLCO, Hernán Víctor. "El derecho a la libre expresión" Análisis de fallos nacionales y extranjeros, Librería Editora Platense S.R.L., La Plata 1997, Argentina.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. "Estudios sobre el Estado de Derecho y democracia", Editorial Trotta S.A., Madrid 2000, España, Traducción de Rafael de Agapito Serrano.
- BUERGENTHAL, Thomas. "Derechos humanos internacionales", Editorial Gernika, Ciudad de México 1996, México.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. y otros. "La libertad de expresión amenazada Sentencia 1013", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas / San José 2001.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. "Diccionario de Derecho Usual", Tomos I y II, Cuarta Edición, Bibliográfica Omeba Editores Libreros, Buenos Aires 1962, Argentina.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. "Diccionario Militar, Aeronáutico, Naval y Terrestre", Tomos III y IV, Bibliográfica Omeba Editores Libreros, Buenos Aires 1963, Argentina.
- CARRASCO C. Diego. "El derecho humano a la información", Santiago de Chile, Mimeo, 30/08/01.
- CHIOSSONE, Tulio. "Manual de Derecho Penal venezolano", Cursos de Derecho, Facultad de Derecho, Caracas 1972, Venezuela.
- COMISION ANDINA DE JURISTAS, "Derechos Humanos, Democracia y Libertad de Expresión", Primera Edición, Lima 2002, Perú.
- DAHL, Robert A. "La democracia y sus críticos", Ediciones Paidós Ibérica, S.A., Barcelona 2000, España, traducción de Leandro Wolfson.
- Defensoría del Pueblo del Perú. "Libertad de Expresión" Defendamos nuestros derechos, Lima 2001, Perú.
- DUVERGER, Maurice. "Instituciones políticas y Derecho constitucional", 5ª. Edición española, Ediciones ARIEL S.A., Barcelona 1970, España.
- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. "El fundamento de la libertad de expresión", Separata del Tomo I, Libro Homenaje a Fernando Parra Aranguren, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV, Caracas 2002, Venezuela.
- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor y SUAREZ, Jorge Luis. "Aspectos jurídicos de la libertad de expresión en Venezuela", Escuela de Comunicación Social, Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, Colección AYACUA N° 5, Caracas 1993, Venezuela.

- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos", Aspectos institucionales y procesales, 2ª. Edición, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José 1999, Costa Rica.
- FERNÁNDEZ AREAL, Manuel. "Introducción al derecho de la información", A.T.E., Barcelona 1997, España.
- GONZALEZ, Felipe. "Leyes de desacato y libertad de expresión", En: <http://derecho.udp.cl>
- GONZALEZ HORGANERO, Violeta. "Sentenciados por informar. Entre jueces y periodistas", Fondo Editorial U.S.M. C.A., Caracas 2002, Venezuela.
- GOODWIN, H. Eugene. "Por un periodismo independiente. Cómo defender la ética", Primera edición en castellano, Tercer Mundo Editores, Bogotá 1994, Colombia, traducido por Fernando Arbeláez.
- GROSSMAN, Claudio. "La libertad de expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos", ILSA Journal of International and Comparative Law, NOVA, Southeastern University, Shepard Broad Law Center, Volumen 7, Summer 2001.
- HERRÁN, María Teresa y RESTREPO Javier Darío. "Ética para periodistas", Edición ampliada para Latinoamérica, Tercera edición, Tercer Mundo Editores, Santa Fé de Bogotá 2000, Colombia.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. "La ley y el delito" Principios de Derecho Penal, 11ª. Edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1980, Argentina.
- KERN, Eduard. "Los delitos de expresión", Ediciones Depalma, Buenos Aires 1967, Argentina. Traducción del alemán por el Dr. Conrado A. Finzi, traductor del Instituto de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.
- LAFER, Celso. "La reconstrucción de los derechos humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt", Primera edición en español, Fondo de Cultura Económica, México 1994.
- MATIN F, Gustavo, GARZÓN VALDÉS, Ernesto y otros. "Las diversidades culturales en la formación y aplicación del Derecho", Julia Barragán y Armando Rodríguez G. Editores.
- MEMORIA DEL SEMINARIO Noviembre de 1999, "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI", Tomo I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Primera Edición, Organización de los Estados Americanos, Banco Interamericano de Desarrollo, Agencia para el Desarrollo Internacional, San José 2001, Costa Rica.
- MÉNDEZ E., Juan y COX Francisco, Editores. "El futuro del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Primera reimpresión, octubre 1999, San José, Costa Rica.
- MENDOZA TROCONIS, José Rafael. "Curso de Derecho Penal venezolano", Compendio de Parte Especial, Tercera Edición, Empresa El Cojo, S.A., Caracas 1967, Venezuela.
- MINISTERIO DE LA DEFENSA, República de Venezuela. "Leyes y Reglamentos", Tomo I, Compilación, Caracas 1977, Venezuela.
- NARANJO OSTTY, Rafael y otros. "En defensa de la libertad de expresión", Editorial CeJota, Publicaciones Escritorio Naranjo Ostty, Caracas 1982, Venezuela.
- O'DONNELL, Daniel. "Protección Internacional de los Derechos Humanos", 1ª. edición, Comisión Andina de Juristas, Fundación Friedrich Naumann, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Lima 1998, Perú.
- POSNER, Richard A. "El análisis económico del derecho", Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México 2000, México.
- PUYANA, Guillermo. "Libertad de información". Planeta colombiana editorial, Santafé de Bogotá 1999, Colombia.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto. "Los derechos humanos y su defensa ante la justicia", Editorial TEMIS S.A., Santa Fe de Bogotá 1995, Colombia.
- REPORTEROS SIN FRONTERAS. Informe 2002, "La libertad de prensa en las Américas y en el resto del mundo", Marzo 2002, Francia.
- SCHMILL O., Ulises. "Una fundamentación de la democracia". En: www.yale.edu/lawweb/lawfac/fiss/eschmil.pdf

- Serie Estudios Básicos de Derechos Humanos, Tomo X, Autores varios. Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Fundación Ford, Primera Edición, San José 2000, Costa Rica.
- SEN, Amartya. "Desarrollo y libertad", Editorial Planeta, Barcelona 1999, España.
- SINGTON, Derrick. "Libertad de expresión", Primera Edición, Editorial F. Trillas, S.A., México 1964, versión española de Luis Gabriel Torres.
- SORIA, Carlos. "Derecho a la información y derecho a la honra", A.T.E., Barcelona 1991, España.
- STUARL MILL, John. "Sobre la libertad", Ediciones Orbis, S.A. Barcelona 1984, España.
- TOUCHARD, Jean. "Historia de las ideas políticas", Editorial TECNOS S.A., 4ª. reimpresión de la 3ª. edición, Colección de Ciencias Sociales, Serie de Ciencia Política, Madrid 1975, España.
- TOURAINÉ, Alain. "Crítica de la modernidad", Cuarta reimpresión, Fondo de Cultura Económica de Argentina, S.A., Buenos Aires 1998, Argentina.
- TRAVIESO, Juan Antonio. "Derecho Humanos y Derecho Internacional", 2ª. Edición, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires 1996, Argentina.
- Textos internacionales, "Derechos Humanos", Tercera Edición, Editorial TECNOS, S.A., Madrid 1999, España.
- URBINA SERJANT, Jesús. "El derecho a la información y los fundamentos jurídicos del ejercicio del periodismo en Venezuela", Editorial de la Universidad del Zulia, Maracaibo 1999, Venezuela.
- Ciencias Jurídicas y Políticas. En: <http://www.csj.gov.ve/cortealdia/aulavirtual/derechoshumanos.html>
- Carpeta de Lecturas del Curso "Libertad de Expresión y Sistema Interamericano de Derechos Humanos", Instituto Interamericano de Derechos Humanos y The Robert R. Mc Cormick Tribune Foundation.
- CODIGO PENAL Venezolano, copia de la Gaceta Oficial N° 915, Extraordinario de 30 de junio de 1964.
- COMISION ANDINA DE JURISTAS. "Exposición presentada por escrito por la Comisión Andina de Juristas, organización no gubernamental reconocida como entidad consultiva especial", Comisión de Derechos Humanos, 58° período de sesiones, Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, E/CE.4/2002/N-GO/141, 13 de febrero de 2002, En: www.unhchr.ch
- Comunicación N° 550/1993: France. 16/12/96. CCPR/C/58/D/550/1993. Jurisprudencia. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Naciones Unidas, E n : www.unhchr.ch
- Comunicado de Prensa N° 5/02, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Observaciones sobre la visita a la República Bolivariana de Venezuela, Organización de los Estados Americanos, En: www.cidh.oas.or
- COMITÉ MUNDIAL PARA LA LIBERTAD DE PRENSA. Escondiéndose del Pueblo. "Cómo las leyes de desacato restringen el escrutinio público en los funcionarios, qué puede hacerse al respecto", En: www.icfj.org
- Informe de la Relatoría Especial para la libertad de expresión, como conclusión de su visita a la República del Perú, entre el 9 y el 13 de noviembre de 1998, incluido en el Capítulo V sobre La Libertad de Expresión en el Perú, del Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos.
- Informe de la Relatoría Especial para la libertad de expresión, como conclusión de su visita a la República del Paraguay, entre el 28 y 30 de julio de 1999, incluido en el Capítulo VI sobre El Derecho a la Libertad de Expresión, del Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos.

Documentos

Boletín Informativo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Nro. 64, Mayo-Junio 2001.

CALCAÑO DE TEMELTAS, Josefina. "Tratamiento de los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia", Charla pronunciada el 18 de junio de 1998 por la Magistrada Josefina Calcaño de Temeltas en la sede de la Universidad José María Vargas, con ocasión de las Segundas Jornadas en

- Cronología Andina, Febrero 2000, Venezuela, Comisión Andina de Juristas, En: www.cajpe.org.pe
- Banco de Datos de Leyes de Prensa, Venezuela, “Desacato o insulto a funcionarios”, “Delitos relacionados con el contenidos de la información y acciones civiles”, “Marco Constitucional”, Sociedad Interamericana de Prensa, www.sipiapa.org
- Derecho a la Libre Expresión. Derechos Human Rights. En: <http://www.derechos.org/ddhh/expresion/>
- Garantías individuales que fundamentan los derechos políticos. Marco Constitucional. Las Constituciones de México. En: <http://www.vagsacv.com/enriqueandrade/constituciones.htm>
- Informe Anual No. 13 de Provea, “Derecho a la libertad de expresión e información”, En: <http://www.derechos.org.ve/situacio/informes/anual/13/libertadExpresion.html>
- Informe del Relator Especial encargado de la cuestión de la protección y la promoción del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Sr. Abid Hussain, Sexto Informe, “Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la libertad de expresión”, En: <http://cajpe.org.pe/RIJ/bases/mecanismos/reexp.htm>
- Informe de la Relatoría para la libertad de expresión de la Organización de Estados Americanos, Dr. Santiago Cantón, Sala de Prensa, Web para los profesionales de la comunicación iberoamericanos, Artículos, 7, Mayo 1999, Año II, Vol. 2. En: <http://www.saladeprensa.org/art48d.htm>
- Informe N° 22794, Caso 11.012, Argentina, Solución Amistosa, 20 de septiembre de 1994, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos. En: <http://www.iidh.ed.cr/libertadExpresion/Documentos/Comision/Verbitsky.htm>
- Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Doc. 9, 88° período de sesiones, Informe Anual 1994, Washington, D.C., 17 de febrero de 1995, Capítulo V. En: <http://www.iidh.ed.cr/desacato.htm>
- Informe sobre Libertad de Prensa 2001, Venezuela, Sociedad Interamericana de Prensa, www.sipiapa.org
- Informe sobre Libertad de Prensa 2000, Venezuela, Sociedad Interamericana de Prensa, www.sipiapa.org
- Informe sobre Libertad de Prensa 1999, Venezuela, Sociedad Interamericana de Prensa, www.sipiapa.org
- Los límites de la tolerancia. Libertad de expresión y debate público en Chile. Human Rights Watch. En: http://www.hrw.org/spanish/informes/1998/chile_limites3.html
- Materiales de lectura del I TALLER PARA PERIODISTAS DE LA REGION ANDINA. “Libertad de Expresión: Problemas actuales y perspectivas de solución”, Comisión Andina de Juristas, Caracas 11 y 12 de abril de 2002.
- Materiales de lectura del XII Curso Internacional “Derechos Humanos, Democracia y Libertad de Expresión”, Comisión Andina de Juristas, Facultad de Ciencias Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede Académica Ecuador, Quito 2 al 6 de julio de 2001, Ecuador.
- Mecanismos de protección de los derechos humanos, “Informe especial del Relator sobre la libertad de expresión”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En: <http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/mecanismos/simnc1.htm>
- Medios y Libertad de Expresión en las Américas. “Un proyecto del Centro Internacional para Periodistas”. En: <http://www.icfj.org/libertad-prensa/proyecto.html>
- “Nuevo documento de la CIDH para proteger la libertad de expresión”. Cancún, Quinta Roo, Lunes 7 de agosto del 2000. En: <http://www.cimac.org.mx>
- Observación General 10. La libertad de expresión (artículo 19), 19° período de sesiones, 1983, Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. En: www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/mecanismos/cchh25.htm
- OTERO, Juan Manuel. “Sistemas Internacionales de Protección de la Libertad de Información y sus restricciones”. En: <http://www.derechos.org/doctrina1/2>
- Resolución N° 2/84. Caso N° 9058 (VENEZUELA), 17 de mayo de 1984. Resoluciones Rela-

tivas a Casos Individuales, Capítulo III, Informe Anual 1984-1985, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos. En: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/84.85SP/Venezuela%209058.htm>

Resúmenes de la Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos. “Monopolio de Medios de Prensa”. En: <http://www.derechos.net/doc/cidh/monopolio.html>

Sala de Prensa, Web para profesionales de la comunicación iberoamericanos. Artículos. “Leyes de desacato, Colegiación obligatoria y Asesinato de periodistas”, 7, Mayo 1999, Año II, Vol. 2. En: <http://www.saladeprensa.org>

SANTIBÁÑEZ, Abraham. “Las responsabilidades políticas y éticas de la libertad de expresión en la construcción de la democracia”, ponencia presentada en Quito, Ecuador, Julio de 2001.

Sentencia “The New York Times Company vs. L.B. Sullivan – Ralph D. Abernathy Et Al. vs. L.B. Sullivan”, Corte Suprema de los Estados Unidos, traducción de Mary Beloff.

Sentencia Nro. 0869 del 10/12/2001, Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, Venezuela. En: <http://www.tsj.gov.ve/jurisprudencia/consultaportema.asp>

Sentencia Nro. 240 del 25/02/2000, Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, Venezuela. En: <http://www.tsj.gov.ve/jurisprudencia/consultaportema.asp>

Artículos

AURE, Pablo. “Libertad de Expresión y Democracia”, En: www.probidad.org.sv

CLARÍN DIGITAL, Editorial. “Legislación sobre libertad de prensa”, Viernes 16 de junio de 2000, En: www.clarin.com

CORREA, Carlos. “La libertad de expresión y los jueces”. En: www.derechos.org.ve/ongs_ven/provea/opina/Opina2001LibertadExpresion.html

“Corte Marcial abrirá juicio a Pablo Aure por el delito de vilipendio contra militares venezolanos”, por Diosirys Obregón, Valencia 10 de

enero de 2001, En: <http://historico.notitarde.com>

“De La Ultima Tentación al Congreso Nazi: algunas ideas olvidadas sobre la libertad de expresión”, por Julián López Masle, Revista Mensaje, abril 1999, En: www.mensaje.cl

“Democracia, tolerancia política y libertad de expresión”, Héctor Faúndez Ledesma, Jueves 19 de julio de 2001, En: www.el-nacional.com

“El Caso La Razón: ¿qué informó La Razón que tanto enervó al gobierno de Chávez? Terrorismo judicial en el gobierno de Chávez, Omar Estacio: Venezuela ya es una de las repúblicas forajidas del planeta. Cronología de un atropello”, En: www.razon.com

“El TSJ invadió competencias de la Asamblea Nacional”. La Octava Isla, Venezuela, Sábado, 07 de julio de 2001, Biblioteca Canaria, El Día Digital – La Octava Isla, Venezuela. En: <http://www.eldia.es/2001-07-07/venezuela/venezuela2prn.htm>

FIGUEREDO PLANCHART, Carlos Armando. “Derechos de y derechos a”, Lunes 28 de febrero de 2000. Venezuela Analítica, En: www.analitica.com

HERNÁNDEZ F., Alejandra M. “Corte Interamericana puede sancionar a Venezuela” Juan Navarrete ‘Ya fue violado el derecho a la libertad de expresión’. Jueves 01 de noviembre de 2001. En: <http://noticias.eluniversal.com/2001/11/0101106CC.shtml>

“Honrar la verdad”, Editorial, Martes 07 de agosto de 2001, En: www.el-nacional.com

“Justicia militar no entregó expediente a la Fiscalía, Abogados de Pablo Aure solicitaron investigar violación de DDHH”, por Irma Alvarez, Martes 16 de enero de 2001, En: www.eluniversal.com

LACURCIA, Lucía. “Ataque chavista contra el nacional. Carlos Ayala Corao: La agresión al diario fue presagiada en informe de la OEA” Viernes 11 de enero de 2002. En: <http://128.241.247.116/enstat>

“Los problemas de Venezuela son reales y la prensa es su radiografía”, Claudio Grossman, ex presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Entrevista por Fabiola Zerpa, Washington, Viernes 01 de febrero de 2002, En: www.el-nacional.com

- MEIER GARCIA, Eduardo Enrique. “Violencia, orden público y libertad de información”, Miércoles 16 de enero de 2002. En: <http://128.241.247.116/enstat/print.asp>
- NIETO-GUERRERO, Francisco. “Los medios de comunicación y el futuro democrático latinoamericano”, Miércoles 16 de enero de 2002. En: <http://28.241.247.116/enstat/print.asp>
- “Penalizar expresión es arma de autoridades”, por Irma Alvarez, Lunes 22 de enero de 2001, En: www.eluniversal.com
- Programa Libertad de Expresión. “Periodistas y fotógrafa declararon en proceso por Ley de Desacato”, 15 de marzo de 2001. En: <http://www.periodismo.uchile.cl/libertaddeexpresión/noticias/declararon.htm>
- Revista RESUMEN, N° 269, Vol. XXI, del 31 de diciembre de 1978.
- Revista RESUMEN, N° 299, Vol. XXIV, del 29 de julio de 1979.
- RUIZ, Carlos Eduardo. “¿Opina el Presidente?”, Lunes 25 de junio de 2001. En: <http://www.analitica.com/va/politica/opinion>
- SCHACHT ARISTIGUETA, Efraín. “Derechos Humanos”, Lunes 24 de abril de 2000, El Universal, En: <http://universal.eud.com>
- “¿Una libertad de expresión limitada?”, por Calixto Ávila Rincón, Miércoles 27 de junio de 2001, En: www.el-nacional.com

La libertad de expresión y el delito de vilipendio en la sentencia 1942 del TSJ

Yubi Cisneros Mussa

El 15 de julio de 2003, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) publicó su sentencia 1942. Esta sentencia daba respuesta a la acción de nulidad por inconstitucionalidad presentada en contra de un conjunto de artículos del Código Penal¹, referidos a los delitos de opinión.

La sentencia 1942 se suma a otras que de modo recurrente produce el TSJ y que propone una doctrina contradictoria con la desarrollada en el sistema universal y regional de protección de los Derechos Humanos. Junto a la desordenada estructura de la argumentación jurídica y las extralimitaciones de los fallos de esta Sala, queremos señalar los principales aspectos que desde la doctrina y jurisprudencia sobre la libertad de expresión, consideramos de mayor relevancia y trascendencia, constituyendo un retroceso en la protección de los Derechos Humanos en Venezuela.

En primer lugar, debe señalarse el desconocimiento de las obligaciones internacionales suscritas por el Estado venezolano en los diversos instrumentos internacionales que ha ratificado libremente. El argumento es el principio de soberanía nacional, y con ello se indica que las senten-

cias y recomendaciones no generan ninguna obligación inmediata, y que deben ser revisadas por tribunales nacionales discrecionalmente. De ese modo, las medidas cautelares y otras solicitudes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) son consideradas como meras recomendaciones, casi opiniones, y por tanto no deben necesariamente ser acatadas, adoptadas, ni cumplidas por el Estado venezolano.

Adicionalmente, la sentencia reivindica el delito de vilipendio o desacato y la censura previa, que son contrarios a la doctrina desarrollada en el sistema interamericano y el sistema universal de protección de los Derechos Humanos. Igualmente, establece una discriminación entre los ciudadanos y los políticos de oficio, con evidentes consecuencias en la relación entre los Derechos Humanos y la democracia.

Desconocimiento de las obligaciones internacionales por parte del Estado

1) Al mencionar las obligaciones del Estado venezolano derivadas del artículo 23 de la Constitución Nacional², la Sala Constitucional interpreta que dicho artícu-

1 Artículos 141, 148, 149, 150, 151, 152, 223, 224, 225, 226, 227, 444, 445, 446, 447 y 450 del Código Penal vigente en Venezuela.

2 “*Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional, y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público*”, Art. 23, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

lo “se refiere a normas que establezcan derechos, no a fallos o dictámenes de instituciones, o resoluciones de organismos prescritos en los Tratados, sino sólo a normas creativas de Derechos Humanos”³.

En este sentido, la sentencia 1942 interpreta, al margen de las reglas que rigen las relaciones internacionales, que el Derecho Internacional es vinculante en unas ocasiones y en otras no, es decir, desconoce la facultad que tiene el Derecho Internacional, al menos en el caso venezolano, para aplicarse directa y preferente sobre el Derecho interno. Por ello, asume el sentenciador que el referido artículo 23 no obliga al Estado venezolano a aceptar como vinculante y prevaleciente en el orden interno los tratados, pactos y convenciones relativos a Derechos Humanos ratificados por Venezuela, como es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En ese orden de ideas, la decisión desacredita de antemano el Informe elaborado por la CIDH sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sobre este particular, el propio Informe señala en su parte introductoria que “(...) como ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión es competente para calificar cualquier norma de derecho interno de un Estado miembro como

violatoria de las obligaciones que ha asumido al ratificar la Convención o adherirse a ella⁴. Como consecuencia de esta facultad para calificar las normas internas, la Comisión podrá recomendar al Estado la derogación o reforma de la norma violatoria, y para ello es suficiente que tal norma haya llegado por cualquier medio a su conocimiento, haya sido o no aplicada en un caso concreto”⁵.

No obstante, la Sala Constitucional considera que el Informe de la CIDH es sólo una interpretación del alcance de las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de libertad de expresión. Con esta decisión, la Sala establece una jerarquía superior a la prevista en el artículo 23 de la Constitución Nacional, en lo referente a las obligaciones del Estado venezolano.

Asimismo, pretende la Sala Constitucional restarle valor a las recomendaciones emanadas por la CIDH cuando no se correspondan con las normas internas, desconociendo que éste órgano del sistema interamericano, por propio mandato de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es el autorizado para interpretar el contenido de la Convención⁶. Esta posición, asumida por el máximo tribunal de Venezuela, está en franca contradicción con las obligaciones contraídas por el Esta-

3 Sentencia N° 1942 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 15 de julio de 2003, párr. 66.

4 Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993, Serie A N° 13, párr. 26, citado en el Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1994, Capítulo V, párr. 1.

5 Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A N° 14, párr. 39, citado en el Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1994, Capítulo V, párr. 1.

6 “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”. Art. 62 N° 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Venezuela reconoció la competencia de la Corte, en los términos indicado en esta norma.

do venezolano como miembro de la Organización de Estados Americanos (OEA) y como Estado integrante de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Para abundar sobre el particular, Helio Picudo, ex vicepresidente de la CIDH, ha señalado que la CIDH tiene “una función cuasi jurisdiccional, ya que a través de los exámenes de los casos que le son presentados, hace recomendaciones a los Estados miembros, teniendo en perspectiva la reparación de la violación cometida. Estas recomendaciones van desde el castigo a los responsables de violaciones a Derechos Humanos, y la imposición del pago de una indemnización pecuniaria, hasta la solicitud de cambios en la legislación interna, recomendándolas de acuerdo con las normas internacionales vigentes”⁷.

Continúa indicando que no obstante, “últimamente, las recomendaciones de la CIDH, o bien las decisiones de la Corte, vienen siendo objeto de incumplimiento por parte de algunos Estados, bajo el principio equivocado de la soberanía nacional. (...) Desde el momento en que un Estado asume obligaciones establecidas en los tratados internacionales que ha suscrito o ratificado, en realidad, ese Estado abdicó de su soberanía en nombre de la buena convivencia internacional y, por tanto, está obligado a cumplir de buena fe las determinaciones de dichos tratados”⁸.

Finalmente, cabe señalar que en 1998 en la Reunión de Cancilleres celebrada en Costa Rica, se creó un Grupo de Trabajo especial para estudiar y sugerir medidas para el perfeccionamiento y fortalecimiento del sistema interamericano de defensa

de los Derechos Humanos. La primera recomendación fue que los países del Hemisferio bajo la aceptación de las normas de la Declaración y de la Convención, deberían cumplir las sentencias de la Corte y agotar todos los esfuerzos para cumplir las recomendaciones de la CIDH⁹.

El desconocimiento señalado por la sentencia 1942 del máximo tribunal de la República, resulta contradictorio con la realización de “los mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de la CIDH, de conformidad con el principio de la buena fe”¹⁰, por parte de Venezuela, y específicamente en materia de compatibilidad de las leyes de desacato con el derecho a la libertad de expresión en una sociedad democrática.

2) En otro orden de ideas, la sentencia maneja un concepto de soberanía nacional vigente desde el siglo XVI¹¹. Los límites se transformaron con el transcurrir de los años por el desarrollo del Derecho Internacional y de los Derechos Humanos como disciplina propia del Derecho Internacional, y las conquistas del individuo y sus capacidades.

La sentencia señala que “mientras existan Estados soberanos, sujetos a Constituciones que crean el marco jurídico dentro de sus límites territoriales, y donde los órganos de administración de justicia ejercen la función jurisdiccional, las sentencias de la justicia supranacional o transnacional tendrán que adaptarse a su Constitución. Pretender en el país lo contrario sería que Venezuela renunciara a la soberanía”¹².

⁷ BICUDO, Helio. Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Memoria del Seminario Noviembre de 1999. Tomo I. San José de Costa Rica 2001. pág. 230.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Cfr. *ibidem*, pág. 231.

¹⁰ *Ibidem*, pág. 232.

¹¹ Sentencia N° 1942 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 15 de julio de 2003, párrafos 98, 99, 100 y 102, entre otros.

¹² *Ibidem*, párr. 95.

Hoy día, en materia de Derechos Humanos, las fronteras que antes eran propias de las soberanías estatales, desaparecieron y continúan haciéndolo cada día con mayor velocidad. Pensar en la vigencia de la concepción de soberanía absoluta, sería permitir la aplicación de un concepto obsoleto y desechado por su falta de adecuación con la realidad de los tiempos que corren. Ese concepto de soberanía absoluta ha sido sustituido por el de “igualdad soberana de los Estados”, enunciado en el artículo 2 N° 1 de la Carta de la ONU.

Por ello, el concepto de soberanía que pretende asumir el máximo tribunal venezolano está limitado desde el propio Derecho interno, por la prevalencia que tiene, en el caso bajo análisis, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En términos más generales, hoy día se establece la noción de soberanía sobre la base de una relación entre el Derecho Internacional y el Derecho interno, en la cual, un ordenamiento jurídico remite al otro y viceversa, obteniendo en materia de Derechos Humanos, la preeminencia de las normas que ofrecen mayor protección y ámbito de disfrute y goce del ejercicio de los derechos al individuo.

3) En relación con las funciones de recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, señala el fallo que “(...) si lo recomendado debe adaptarse a la Constitución y a las leyes de los Estados, es porque ello no tiene naturaleza obligatoria, ya que las leyes internas o la Constitución podrían colidir con las recomendaciones. Por ello, el articulado de la Convención nada dice sobre el carácter obligatorio de la recomendación (...)”¹³. De igual manera, “con relación a la inconstitucionalidad solicitada, las recomendaciones

tienen un valor doctrinario que debe ser ponderado por el juzgador, ya que la recomendación particular a que se refiere el accionante, alerta a los Estados miembros para que, a futuro deroguen o reformen las llamadas leyes de desacato, con el fin de adecuarlas a las leyes internacionales, pero la recomendación no es más que un punto de vista de la Comisión y una exhortación a los países miembros para que actúen en el orden interno, sin que tenga carácter imperativo (...)”¹⁴. Y añade que “una interpretación diferente es otorgarle a la Comisión un carácter supranacional que debilita la soberanía de los Estados miembros, y que (...) lo prohíbe la Constitución vigente”¹⁵. Finalmente, señala que “(...) el Informe con recomendaciones no pasa de ser esto: un grupo de recomendaciones que los Estados acatarán o no, pero que, con respecto a esta Sala, no es vinculante (...)”¹⁶.

Las citas referidas en el párrafo anterior, parecen descartar el contenido del artículo 31 de la Constitución Nacional, que prevé imperativamente la obligación para el Estado de adoptar “(...) las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos (...)”¹⁷ en dicho artículo; vale decir, los órganos internacionales creados por los tratados, pactos y convenciones sobre Derechos Humanos ratificados por Venezuela. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es uno de los órganos previstos en un tratado ratificado por Venezuela.

Más allá del carácter vinculante de los tratados que la Sala Constitucional pretende desconocer, es necesario señalar que el contenido del Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Con-

13 *Ibidem*, párr. 108.

14 *Ibidem*, párr. 111.

15 *Ibidem*, párr. 112.

16 *Ibidem*, párr. 113.

17 Art. 31 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

vención Americana sobre Derechos Humanos de la Comisión Interamericana fue recibido con beneplácito por un conjunto de organizaciones internacionales y organizaciones no gubernamentales de todo el mundo¹⁸, lo cual más allá de los artificios ilegítimos de los cuales pretende valerse la Sala Constitucional, refleja una clara conciencia mundial de la incompatibilidad de la existencia y aplicación de las leyes de desacato y de los delitos de opinión en general con relación al derecho a la libertad de expresión.

4) Finalmente, en relación con las obligaciones internacionales que pretende desconocer Venezuela, la Sala Constitucional se ubica innecesariamente en franca oposición al sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos, cuando expresa que “las recomendaciones tienen lu-

gar en un tiempo determinado y, por lo regular, son producto de los burócratas de los Derechos Humanos que en ese tiempo conforman la Comisión”¹⁹.

Luego de haber asumido compromisos en el ámbito internacional, Venezuela no puede incumplir dichas obligaciones bajo la excusa de que las recomendaciones son oportunas en un tiempo determinado. No pueden desestimarse de una manera tan radical las recomendaciones de lo que previamente se ha reconocido como un órgano de protección de los Derechos Humanos. Hacerlo implicaría la posibilidad de interpretar la doctrina vinculante del propio TSJ como el producto de un tiempo determinado, y de los burócratas y partidarios políticos que en este momento conforman el máximo tribunal de la República. Actuar de esta manera, sería entrar en el abismo de las descalificaciones, la ausencia

¹⁸ “Contemporáneamente con la recomendación de la CIDH mencionada más arriba con relación a la incompatibilidad de los delitos de desacato con la Convención, y a partir de esa recomendación, distintas organizaciones internacionales y organizaciones no gubernamentales de todo el mundo se han expresado en forma uniforme por la necesidad de abolir las leyes de desacato, que limitan la libertad de expresión al castigar las expresiones que pudieran ofender a los funcionarios públicos. Entre quienes se han expresado por la derogación de estas leyes se encuentran: El Relator Especial de Naciones Unidas sobre Libertad de Opinión y de Expresión; el Banco Mundial; y muchas Organizaciones No Gubernamentales como la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP); Alliance of Independent Journalists, Indonesia; ARTCILE 19; Association de Journalistes du Burkina; Canadian Journalists for Free Expresión, Canada; Center for Human Rights and Democratic Studies, Nepal; Center for Media Freedom and Responsibility, Filipinas; Centro Nacional de Comunicación Social, México; Committee to Protect Journalists, EEUU; Ethiopian Free Press Journalists’ Association, Etiopía; Fédération professionnelle des journalistes du Québec, Canada; Free Media Movement, Sri Lanka; Freedom House, EEUU; Freedom of Expresión Institute, Sudáfrica; Independent Journalism Center, Moldavia; Independent Journalism Center, Nigeria; Index on Censorship, Reino Unido; Instituto Prensa y Sociedad, Perú; International Federation of Journalists, Bélgica; International Federation of Library Associations and Institutions (IFLA) – Free Access to Information and Freedom of Expresión (FAIFE), International Press Institute, Austria; Journaliste in danger, Congo; Media Institute of Southern Africa, Namibia; Pacific Islands News Association, Fiji; PERIODISTAS, Asociación para la Defensa del Periodismo Independiente, Argentina; Press Union of Liberia; Thai Journalists Association, Tailandia; Timor Loros’e Journalists Association; West African Journalists Association, Senegal; World Press Freedom Committee, EEUU.” Comunicado de Prensa 85/03 de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA, El Relator Especial para la Libertad de Expresión lamenta decisión del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela que convalida las leyes de desacato, del 16 de julio de 2003, párr. 4.

¹⁹ Sentencia N° 1942 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 15 de julio de 2003, párr. 115.

de normas que regulen las relaciones de los individuos frente al Estado, y el desconocimiento de la protección de los Derechos Humanos en el ámbito internacional.

Reinstauración de la censura previa

Nunca antes, con el carácter expreso de constituir “doctrina vinculante”, se revivió la posibilidad de establecer la censura previa en el ordenamiento jurídico venezolano. Se conoce de casos concretos de censura previa que fueron resueltos oportunamente, pero nunca, al menos después de haberse ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se estableció la censura previa como mecanismo por parte del Estado para limitar o restringir la libertad de expresión en Venezuela. Tampoco después de la entrada en vigor de la actual Constitución.

Lamentablemente, el sentenciador confunde indiscriminadamente las restricciones legítimas a la libertad de expresión con todo aquello que está prohibido, es decir, con aquello que no está dentro del ámbito del derecho protegido.

Los párrafos 120 al 133 de la sentencia 1942 son abundantes en incongruencias sobre la libertad de expresión y la posibilidad de imponer censura previa por parte del Estado. En este sentido, es necesario recordar que las restricciones y limitaciones al derecho a la libertad de expresión están expresamente señaladas en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De esta manera, la Convención rechaza todo intento de censura previa y sólo se permite el establecimiento de las responsabilidades posteriores, siempre que aparezcan fijadas expresamente en la ley, y que sean necesarias para asegurar el respeto a la reputación de los demás, la

protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. Por tanto, todo aquello que esté fuera de éste marco, estará en franca violación del referido artículo.

En materia de sanciones ulteriores, cabe destacar que las responsabilidades deben ser proporcionadas al fin que legítimamente se busca. En muchas ocasiones, se interpreta erróneamente que dichas sanciones corresponden únicamente al campo del derecho penal. Es conveniente analizar cuidadosamente el fin perseguido en una sociedad democrática. En Venezuela se prevé el derecho de rectificación, la responsabilidad civil y la responsabilidad penal como vías para hacer efectivas las responsabilidades ulteriores derivadas del ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Discriminación de los sujetos titulares del derecho

La sentencia 1942, al justificar la restricción de la libertad de expresión basada en la seguridad nacional y conforme al artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, olvida que la Constitución Nacional vigente ni en su artículo 57, ni en su artículo 58 consagra tal posibilidad.

Así, se aprovecha el sentenciador de la norma de la Convención citada *ut supra*, e interpreta que “(...) la particularidad que reconoce la Sala a la expresión política, como función pluralista y democrática, no la tienen –ni la pueden tener– quienes no hacen política y simplemente ofenden, desprestigian, difaman o mienten, en atención a sus intereses particulares y concretos (...)”²⁰. Con esto, la Sala Constitucional nos

20 *Ibidem*, párr. 156.

indica que sólo tienen derecho a ejercer la crítica política, como parte del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, aquellas personas que hagan vida política y a ello se dediquen, es decir, aquellos miembros, dirigentes y líderes de partidos políticos, pero no así el ciudadano venezolano que no viva de la política.

Lamentablemente, una vez más, el TSJ se equivoca al pretender que el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la participación política les están permitidos a cierto grupo de la sociedad y no a otro. Por el contrario, los sujetos de los Derechos Humanos, y en especial del derecho a la libertad de expresión y a la participación política, son todos los venezolanos.

Ratificación del vilipendio en Venezuela

Visto todo lo anterior, la Sala Constitucional ratifica la vigencia del delito de vilipendio en Venezuela. En efecto, no sólo niega la posibilidad de derogar expresamente el delito de vilipendio de la legislación nacional, sino que además pretende reconocer una supuesta legitimidad de la restricción al derecho a la libertad de expresión, ratificando su vigencia como “(...) valla ante el abuso e irrespeto de la libertad de expresión y ante esa situación que pone en peligro al propio Estado (...)”²¹.

Es obvio que el fallo bajo análisis está viciado de elementos políticos, producto de la crisis que vive el país. Esta sentencia afecta un aspecto medular del derecho en una sociedad democrática, la fiscalización de la administración pública mediante el escrutinio minucioso del ciudadano, que es quien delegó dicha actividad en sus gobernantes y demás funcionarios. Se legitima la

vigencia de las leyes de desacato en Venezuela, afectando la pluralidad de opiniones y en especial de la crítica política.

Democracia y libertad de expresión

Incorre la Sala Constitucional en aspectos de naturaleza discriminatoria, por cuanto sugiere que la interpretación de las leyes vigentes puede ser flexible, a fin de garantizar el pluralismo político indicado en el artículo 2 de la Constitución Nacional para aquellas personas que “(...) forman parte de partidos o movimientos políticos que, de una u otra forma, intervienen en los comicios que se celebran nacional o localmente, mas no con respecto a difamadores de oficio, o de cualquier otra índole”²². Esta cita, verifica la inconsistente redacción de la decisión, entendiéndose que a cualquier ciudadano común y corriente, sin afiliación política, le está cercenado su derecho a criticar la gestión de quienes dirigen los destinos de su país y administran sus impuestos.

La Sala Constitucional, luego de transcribir y explicar brevemente los artículos 148 y 149 del Código Penal, ratifica la vigencia de estas normas argumentando que cuando se trata de “epítetos sin hechos concretos que los fundamente, desligados del ‘juego’ político, con intenciones aviesas, son nocivos para el Estado y mal pueden evadir sus autores las responsabilidades (...)”²³.

Asimismo, en relación con la impugnación del artículo 150 del Código Penal, señala que “el vilipendio, como parte de un plan o de un movimiento tendente a la desobediencia pública, al caos, a quebrar el orden o la moral pública, no puede ser tolerado por el Estado, ya que, con tal tole-

21 *Ibidem*, párr. 117.

22 *Ibidem*, párr. 151.

23 *Ibidem*, párr. 175.

rancia, podría estar jugándose su subsistencia”²⁴. Al parecer, la Sala Constitucional debió referirse al gobierno y no al Estado; pero más allá de esta consideración, la propia Sala se contradice, pues las restricciones legítimas a la libertad de expresión, precisamente prevén el orden o la moral pública, más no la crítica ni al escrutinio de la función pública. No al menos, en una sociedad democrática.

En relación con la impugnación de los artículos 223, 224, 225, 226 y 227 del Código Penal, señala la Sala Constitucional que “el ejercicio abusivo de la libertad de expresión, conforme al artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, genera responsabilidad en quien la ejerce, cuando se afecta el respeto y la reputación de los demás”²⁵. En efecto, genera responsabilidad “ulterior o posterior”, y como bien lo señala la CIDH, así como el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la OEA, estas responsabilidades deben demandarse en el campo civil y no en el penal. Precisamente, lo que se recomienda universalmente y en especial en el sistema interamericano, es la despenalización de los delitos de opinión, y que de existir responsabilidades por los excesos en los cuales se haya podido incurrir en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, se reparen en el ámbito del derecho civil. De lo contrario, se estaría coartando el debate político en una sociedad democrática.

La Sala Constitucional pretende interpretar que “(...) las leyes que penalicen el irrespeto a esos derechos no son atentatorias contra la libertad de expresión, y así se declara”²⁶. Asimismo, pretende regular las formas de expresión, estableciendo que adicionalmente a las ofensas de palabra,

forma prevista en los artículos 223, 224 y 225 del Código Penal, deben sumarse, por ejemplo, el “(...) ataque gestual o mímico, que ridiculiza y ofende al funcionario (...)”²⁷, y que “de la gestualidad ofensiva y ridiculizante deben estar protegidas las personas y es esta (sic) –al menos- una forma de protección”²⁸.

Cuando la sentencia señala que las obras teatrales de corte humorístico, caracterizando a funcionarios públicos, con la utilización de disfraces y otros medios de burla, constituye un atentado contra el honor y la reputación de las personas, está construyendo una cultura de autocensura en el país, lo que es incompatible con una sociedad democrática.

Pese a lo anterior, la Sala Constitucional modificó el contenido de los artículos indicados, suprimiendo la frase “ofensa de palabra”, para ampliar la forma de comisión del delito. Esto, lejos de adecuar nuestra legislación interna a los presupuestos indicados y asumidos como obligatorios en el sistema interamericano, nos distancia mucho más del desarrollo progresivo de la protección de los Derechos Humanos, y en especial del derecho a la libertad de expresión, del cual todos somos titulares.

En relación con el impugnado artículo 226 del Código Penal, la Sala Constitucional decidió que, por tratarse de entes morales, sólo gozan de reputación y no de “honor y dignidad” como señalaba el artículo vigente hasta el 15 de julio de 2003. Así, modificó su contenido, protegiendo penalmente la reputación de algún cuerpo judicial, político o administrativo. Pero, en realidad, la Sala Constitucional no entró a conocer del fondo del asunto planteado en la acción por inconstitucionalidad del artículo, por lo que en lo que al derecho a la li-

24 *Ibidem*, párr. 179.

25 *Ibidem*, párr. 196.

26 *Ibidem*, párr. 200.

27 *Ibidem*, párr. 205.

28 *Ibidem*, párr. 206.

bertad de expresión se refiere. En definitiva siguen existiendo restricciones ilegítimas a su ejercicio, conforme a los avances y el desarrollo progresivo adelantados por el sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos.

En relación con los delitos de difamación e injuria, contenidos en los artículos 444, 445, 446, 447 y 450 del Código Penal, la Sala Constitucional señala que tanto la difamación como la injuria constituyen una apología del odio y, toda apología del odio que constituya una incitación a la violencia, está expresamente prohibido por el artículo 13.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A criterio de la Sala, es inadmisibles la inconstitucionalidad demandada de estos artículos. Nuevamente, incurre la sentencia en interpretaciones distantes de la naturaleza de las expresiones, llevando la difamación y la injuria al extremo de consagrarlos como sinónimos de la apología del odio.

A modo de conclusión

Si bien en Venezuela existe desde el Código Penal de 1926 la penalización de la expresión cuando se ofendiera a funcionarios públicos, cohibiendo así a la ciudadanía de la crítica política, desde el año 1994, cuando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe Anual publicó el Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se esperaba, como ocurrió en otros países de la región, que fueran abolidos dichos tipos penales. En todo caso, habrían sido derogados con la entrada en vigencia de la actual Constitución en diciembre de 1999.

Pero lejos de ello, la sentencia 1942 de la Sala Constitucional del TSJ además de ratificar la vigencia del delito de vilipendio en Venezuela, amplió su contenido, modificando algunos artículos que restringían el tipo a la ofensa de palabra. Ahora también se restringe a la expresión de cualquier forma o por cualquier medio.

Lo que se esperaba del máximo tribunal de la República, en esta oportunidad, era que adecuara nuestra normativa interna con los parámetros o estándares internacionales y regionales, aceptados de manera uniforme por todas las sociedades democráticas. Lamentablemente, esta oportunidad fue desechada sin contemplación.

Pero mucho más sorprendente que el retroceso en materia de libertad de expresión (hasta el siglo XVI caracterizado por los regímenes monárquicos de gobierno), es el criterio del TSJ, que pretende desconocer a los órganos del sistema interamericano, intentando debilitar al propio sistema.

Recordemos que el Derecho Internacional es el producto de los Estados y no del individuo. Fueron los Estados los que acordaron proteger a la dignidad humana y todos los derechos consagrados y aceptados en las convenciones internacionales.

El Estado venezolano a través de esta sentencia desconoce el carácter vinculante de las recomendaciones emanadas de la CIDH. Venezuela debería solicitar ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos su interpretación del artículo 13, a la luz de la sentencia 1942. De concretarse, estaríamos ante un indicio de que en Venezuela aún existe un régimen democrático de gobierno.

© 2004, Yubi Carolina Cisneros Mussa
© 2004, De esta edición, Centro de Derechos Humanos
Universidad Católica Andrés Bello.
Edificio de Postgrado, PB. Urb. Montalbán, La Vega.
Teléfonos: 407 4434 y 407 4526
Correo electrónico: cddhh@ucab.edu.ve
Página web: www.ucab.edu.ve/investigacion/cddhh