

**Honorables Magistrados
Corte Constitucional
Sala Uno de Revisión de Tutelas**

Ref.: Escrito de *Amicus Curiae* en el marco del proceso de revisión de la sentencia No. 327 del 5 de octubre de 2017, proferida por el Juzgado Segundo Municipal de Apartadó

1. David Kaye es el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. Los Relatores Especiales son parte del mecanismo de procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que se compone de expertos independientes en materia de derechos humanos cuyo mandato es informar al respecto de los mismos desde un punto de vista temático, o de la situación concreta de un país en particular. El sistema de Procedimientos Especiales es un elemento central de la maquinaria de Naciones Unidas en materia de derechos humanos y comprende todos los derechos humanos: los civiles, culturales, económicos, políticos y sociales.
2. David Kaye presenta esta opinión voluntariamente y sin perjuicio de los privilegios e inmunidades que el Convenio de Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas de 1946 confiere a las Naciones Unidas, sus funcionarios y expertos en misión. La presentación de esta opinión tampoco debe considerarse una renuncia, explícita ni implícita, a dichos privilegios e inmunidades. En absoluta concordancia con su condición de independencia, para manifestar estas posiciones y puntos de vista, David Kaye no solicitó ni recibió autorización de las Naciones Unidas, el Consejo de Derechos Humanos, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ni ningún funcionario relacionado con esas entidades.
3. El presente *Amicus Curiae* (el "**Amicus**" o "**Informe**") es presentado en el marco del proceso de revisión por parte de la Corte Constitucional de la sentencia de primera instancia No. 327 del 5 de octubre de 2017, proferida por el juzgado segundo promiscuo municipal de Apartadó (la **Sentencia**), por medio de la cual se tutelaron los derechos a la honra y buen nombre de la décima séptima brigada del ejército nacional de Colombia (la **Brigada**) y se ordenó a la Comunidad de Paz de San José de Apartadó (la **Comunidad**) que se retractara de lo expuesto en una serie de comunicados.

I. OBJETO

4. Este Informe tiene por objeto dar a conocer a la Corte Constitucional de Colombia los estándares internacionales y regionales en materia de libertad de expresión y opinión. En particular, el estándar de evaluación judicial cuando los derechos a la libertad de expresión y el derecho a la honra y/o reputación se encuentran en colisión.
5. El Informe se dividirá en las siguientes secciones: La sección II describe la obligación del Estado colombiano de adoptar mecanismos eficaces de protección de los Derechos Humanos. La sección III expone el contenido y alcance de la libertad de expresión. En la sección IV se analiza el estándar

de protección que Colombia debe brindar respecto al derecho a la honra y la reputación, así como los sujetos de este derecho, según los estándares internacionales y regionales. La sección V describe el estándar de evaluación judicial que debe adoptarse, según los estándares internacionales, cuando el derecho a la libertad de expresión colisiona con el derecho a la honra y/o reputación: juicio de proporcionalidad. Por último, en la sección VI se concluye este informe.

II. SOMETIMIENTO DEL ESTADO A LOS POSTULADOS DE DERECHOS HUMANOS

6. Colombia ratificó el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos¹ (el Pacto) y es Estado parte de la Convención Interamericana de Derechos Humanos² (la **Convención**) y en tal sentido se ha obligado a proteger los Derechos Humanos de quienes se encuentren bajo su jurisdicción. Tal y como lo dispone el artículo 2 del Pacto, Colombia está obligada a “respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” En términos semejantes, el artículo 1 de la Convención obliga a Colombia a “respetar los derechos y libertades reconocidos en [la Convención] y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”
7. Adicionalmente, y cuando el ejercicio de los derechos y libertades dispuestos por la Convención no esté garantizado, Colombia se ha comprometido a adoptar “las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”³ En otras palabras, la obligación del Estado no cesa con el reconocimiento de un derecho o libertad, sino que se extiende a hacer efectivos tales derechos y libertades en todo momento.
8. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de la ONU (el “Comité”), en su Observación General No. 31 enfatizó que:

“En el párrafo 3 del artículo 2 se dispone que, además de proteger eficazmente los derechos reconocidos en el Pacto, los Estados Parte habrán de garantizar que todas las personas dispongan de recursos accesibles y efectivos para reivindicar esos derechos. Esos recursos se deben adaptar adecuadamente para tener en cuenta la vulnerabilidad especial de ciertas clases de personas [...] El Comité atribuye importancia a que los Estados Parte establezcan en

1 Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, New York, 16 de diciembre de 1966. Colombia ratificó el instrumento el 29 de Octubre de 1969 (ver: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx)

2 Convención Interamericana de Derechos Humanos adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 (la **Convención**). Colombia depositó el instrumento de ratificación de este tratado el 31 de julio de 1973 (ver: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm)

3 Artículo 2 de la Convención.

el derecho interno mecanismos judiciales y administrativos adecuados para conocer de las quejas sobre violaciones de los derechos. El Comité toma nota de que el poder judicial puede garantizar el disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto de distintas maneras, en especial mediante la aplicación directa del Pacto, la aplicación de disposiciones constitucionales u otras disposiciones legislativas similares o el efecto de la interpretación del Pacto en la aplicación de la legislación nacional”⁴.

9. Así también lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (**Corte IDH**), confirmando que los Estados parte de la Convención tienen la obligación de adoptar medidas internas para garantizar la efectividad de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos:

“[E]l Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención”⁵.

10. Aunado a lo anterior es importante recordar que tal y como lo ha señalado la Corte IDH, los Estados se encuentran obligados tanto a la observancia de las normas convencionales en materia de Derechos Humanos como a la interpretación que la Corte IDH haya hecho de ellas⁶. Señalando la particular importancia que tiene el precedente interamericano al momento de aplicar las disposiciones convencionales en sede local, la Corte IDH expresó:

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella [...] En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”⁷

⁴ Comité de Derechos Humanos. Naciones Unidas. Observación General No. 31. 29 de marzo de 2004.

⁵ “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) *v Chile*, párr 87.

⁶ Este enunciado es compatible con lo dispuesto por la Corte Constitucional de Colombia en sentencias C-010 de 2000, C-360 de 2005 y C-936 de 2010, en las cuales ha expresado que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos provee una interpretación auténtica de la Convención.

⁷ *Almonacid Arellano y otros v Chile*, párr 124 (énfasis añadido). Citado en: *La Cantuta v Perú*, párr 173; *Boyce y otros v Barbados*, párr 78. Al respecto, se ha precisado que los jueces locales (y otras autoridades del orden nacional) deben cumplir una serie de condiciones como parte del llamado “control de convencionalidad”, el cual: “a) Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH [Convención Interamericana de Derechos Humanos], la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; b) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias; c) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en

11. En este sentido tanto la *adopción* de normas como la *aplicación* que de éstas hagan las autoridades judiciales, puede conducir a la violación de la Convención y la consecuente responsabilidad internacional del Estado⁸. No basta con tener un ordenamiento jurídico acorde con las disposiciones internacionales de Derechos Humanos, sino que los operadores jurídicos deben adaptar su actuar a estas disposiciones.

III. LIBERTAD DE EXPRESIÓN

12. El artículo 19(2) del Pacto, establece que el derecho a la libertad de opinión y de expresión consiste de tres elementos diferentes: a) el derecho a tener opiniones sin interferencia; b) el derecho de buscar y de recibir información, o el derecho al acceso a la información; y c) el derecho a 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. El Comité de Derechos Humanos en su Observación General 34 enfatizó que la libertad de opinión y la libertad de expresión “son condiciones indispensables para el pleno desarrollo de la persona. Son fundamentales para toda sociedad y constituyen la piedra angular de todas las sociedades libres y democráticas. Ambas libertades están estrechamente relacionadas entre sí, dado que la libertad de expresión constituye el medio para intercambiar y formular opiniones”⁹.
13. Un conjunto significativo de jurisprudencia, informes de los procedimientos especiales y resoluciones del sistema de las Naciones Unidas y de los sistemas regionales de derechos humanos destacan que la libertad de expresión “es esencial para el disfrute de otros derechos humanos y libertades y constituye un pilar fundamental para la construcción de una sociedad democrática y el fortalecimiento de la democracia” (resolución 25/2 del Consejo de Derechos Humanos). El Consejo de Derechos Humanos, la Asamblea General y los Estados a título individual han reiterado que las personas gozan de los mismos derechos en el mundo virtual que en el mundo real¹⁰.

consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; d) Es un control que debe ser realizado ex officio por toda autoridad pública; y e) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.” Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 7: Control de Convencionalidad, párr 80. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>

⁸ *Fontevicchia y D'amico v Argentina*, párr 91 (“En el presente caso no fue la norma en sí misma la que determinó el resultado lesivo e incompatible con la Convención Americana, sino su aplicación en el caso concreto por las autoridades judiciales del Estado, la cual no observó los criterios de necesidad mencionados.”)

⁹ Comité de Derechos Humanos. Naciones Unidas. Observación General No. 34. 12 de septiembre de 2011.

¹⁰ Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, David Kaye. Informe A/HRC/29/32. 22 de mayo de 2015. Véanse, por ejemplo, la resolución 68/167 de la Asamblea General, la resolución 26/13 del Consejo de Derechos Humanos y la recomendación CM/Rec (2014) 6 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre una guía de derechos humanos para los usuarios de Internet

14. Por su parte, el artículo 13(1) de la Convención dispone que los Estados están obligados a garantizar y hacer efectivo el “[...] 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”.
15. Al respecto, la Corte IDH ha dicho que se trata de un derecho de contenido amplio, en tanto protege la diseminación y la recepción de la información, pues “[p]ara el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.¹¹” Adicionalmente, señala la Corte IDH, la libertad de expresión reviste un significado especial pues sirve como “piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática”¹² y plenamente libre.¹³ El respeto a su ejercicio ha sido además confirmado por la Organización de Estados Americanos en la Carta Democrática Interamericana, a la cual adhirió Colombia¹⁴.
16. Este derecho, esencial para la existencia y ejercicio de la democracia, se ve reforzado en su ejercicio pues no sólo sirve para diseminar información en abstracto, sino para ejercer con él una suerte de *control* a las instituciones y oficiales de gobierno (incluyendo los miembros de la fuerza pública). Sirve a la democracia permitiendo el libre tránsito de información, propendiendo con ello a que todas las noticias, ideas, opiniones y denuncias gocen de igualdad de condiciones. Al respecto, la Corte IDH sostuvo que:
- “El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual se debe tener una mayor tolerancia y apertura a la crítica frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por las personas en ejercicio de dicho control democrático. Ello se aplica a los funcionarios y miembros de la Armada [...]”¹⁵.
17. En particular, según la Corte IDH, una de las dimensiones de la libertad de expresión es su capacidad de hacer efectivas y eficaces las denuncias ciudadanas pues “[s]in una efectiva libertad

¹¹ *Memoli v Argentina*, párr 119.

¹² *Usón Ramírez v Venezuela*, párr 45; *Opinión Consultiva OC-5/85* del 13 de noviembre de 1985, párr 70. Ver también *“La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) v Chile* párrs 64-68; *Perozo y otros v Venezuela*, párr 116. Esto es concordante con el Principio 1 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (“La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática.”)

¹³ *Opinión Consultiva OC-5/85* del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr 70.

¹⁴ Carta Democrática Interamericana. Aprobada en la primera sesión plenaria de la Asamblea General, celebrada el 11 de septiembre de 2001, artículo 4 (“[s]on componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y **la libertad de expresión** y de prensa.”) (énfasis añadido)

¹⁵ *Palamara Iribarne v Chile*, párr 83.

de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad”¹⁶.

18. En tal sentido, los Estados deben garantizar que las restricciones a la circulación de la información sean excepcionales, mínimas y en todo caso cuenten con soporte legal previo, persigan un fin legítimo y sean necesarias y proporcionales para alcanzar dicho fin (ver *infra* para. 27 y ss)¹⁷. Cualquier restricción indebida, inadecuada o excesiva distorsiona la esencia misma de la libertad de expresión. Es importante destacar que algunas formas de expresión tienen un nivel reforzado de protección por el derecho internacional de los derechos humanos. Esta especial protección se deriva de la importancia de esta clase de expresiones para la democracia o los derechos humanos, y como principal consecuencia práctica se conlleva que cualquier limitación impuesta por el Estado esté sujeta a un nivel más estricto de escrutinio judicial. Dentro de estos discursos especialmente protegidos se encuentran el discurso sobre asuntos de interés público y el discurso sobre funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones. Dentro de este último grupo se encuentran especialmente protegidas bajo la libertad de expresión las denuncias sobre violaciones de los derechos humanos cometidas por funcionarios públicos. La jurisprudencia interamericana ha explicado que el silenciamiento de este tipo de denuncias viola la libertad de expresión en sus dimensiones individual y colectiva¹⁸.
19. Sumado a lo anterior, el artículo 6 de la *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos* aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, establece que toda persona tiene el derecho “a publicar, impartir o difundir libremente a terceros opiniones, informaciones y conocimientos relativos a todos los derechos humanos y las libertades fundamentales” y a “estudiar y debatir si esos derechos y libertades fundamentales se observan, tanto en la ley como en la práctica, y a formarse y mantener una opinión al respecto, así como a señalar a la atención del público esas cuestiones por conducto de esos medios y de otros medios adecuados”¹⁹. Es necesario entender que las publicaciones sobre latentes o

¹⁶ *Herrera Ulloa v Costa Rica*, párr 116; ver también *Ricardo Canese v Paraguay*, párr 86.

¹⁷ *Kimel v Argentina*, párr 63; ver también *Usón Ramírez v Venezuela*, párr 49.

¹⁸ Cfr. Catalina Botero, et al. *El derecho a la libertad de expresión: Curso avanzado para jueces y operadores jurídicos en las Américas*. Julio 18, 2017. Disponible en: <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/07/El-derecho-a-la-libertad-de-expresi%C3%B3n-PDF-FINAL-Julio-2017-1-1.pdf>; Ver, CIDH, Informe núm. 20/99. Caso 11.317, Rodolfo Robles Espinoza e Hijos, Perú, 23 de febrero de 1999; CIDH, alegatos ante la Corte IDH en el caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Transcritos en: Corte IDH, caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C núm. 74, párr. 143-g-h); CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Marco jurídico interamericano sobre la libertad de expresión. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF.2/09, 30 diciembre 2009, párr. 42.

¹⁹ Artículo 6 de la *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante

eventuales violaciones a los derechos humanos se encuentran protegidas por esta disposición, pues de lo contrario se estaría desmantelando el objeto y fin de la declaración: “la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales”²⁰.

20. Tal y como lo indicó el anterior Relator Especial para la Libertad de Opinión y Expresión de Naciones Unidas, es importante resaltar que los grupos en situación de vulnerabilidad, incluyendo aquellos que se encuentran en especial riesgo de sufrir violaciones a derechos humanos, “han debido hacer frente a grandes obstáculos, algunos de ellos insuperables, para poder ejercer plenamente su derecho a transmitir información y a acceder a ella. Para esos grupos, los medios de comunicación cumplen el papel central de fomentar la movilización social, la participación en la vida pública y el acceso a información que es pertinente para la comunidad. Sin un medio que les permita difundir sus opiniones y sus problemas, esas comunidades quedan en los hechos excluidas de los debates públicos, lo que dificulta en definitiva su capacidad de gozar plenamente de sus derechos humanos”²¹.
21. El ejercicio de la libertad de expresión, como el de cualquier otro derecho humano, debe realizarse con respeto por los derechos ajenos. En este sentido, tanto el artículo 19(3) del Pacto como el artículo 13(2) de la Convención Americana disponen que uno de los objetivos legítimos por los cuales se puede eventualmente limitar la libertad de expresión a través del establecimiento de responsabilidades ulteriores es el de la protección de la reputación de los demás.

IV. DERECHO A LA HONRA Y REPUTACIÓN

22. El derecho a la honra y reputación también es reconocido en el Pacto y la Convención y es sujeto de garantías por parte de los Estados miembros. En este sentido, el artículo 17(1) del Pacto establece que “[n]adie será objeto de [...] ataques ilegales a su honra y reputación” y el 17(2) que “[t]oda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”. Por su parte, el artículo 11(1) de la Convención el dispone que “[t]oda persona tiene derecho al respeto de su honra”, mientras el artículo 11(2) prohíbe los “ataques ilegales a su honra o reputación”.
23. En este sentido la CIDH ha hecho una distinción entre honra y reputación, anotando que “la honra se relaciona con la estima y valía propia, mientras que la reputación se refiere a la opinión que

resolución 53/144, de 8 de marzo de 1999 (disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Defenders/Declaration/declaration_sp.pdf)

²⁰ Artículo 1 de la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante resolución 53/144, de 8 de marzo de 1999 (disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Defenders/Declaration/declaration_sp.pdf)

²¹ Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank la Rue. Informe A/HRC/11/4. 30 de abril de 2009.

otros tienen de una persona”²². En cualquier caso, dice la CIDH, “es legítimo que quien se considere afectado en su honor recurra a los medios judiciales que el Estado disponga para su protección²³”.

24. Ahora bien, es importante anotar que la Convención califica el tipo de ataques que darían lugar a la violación del derecho como aquellos “ilegales”. Y entiéndase “ilegal” como algo contrario al derecho interno, no necesariamente un ilícito internacional. Esto quiere decir que los Estados deben definir de manera previa el contenido de la norma cuya vulneración haría que el ataque a la honra fuera ilegal²⁴. Dicha norma serviría dos propósitos: (i) limitar legítimamente el radio de acción de la libertad de expresión (ver párrafo 18 supra); y (ii) limitar previa y taxativamente los supuestos bajo los cuales se vulneraría el derecho a la honra y reputación (admitiendo que no todos los ataques vulnerarían el derecho).

25. Por otro lado, el sistema interamericano de protección de Derechos Humanos limita la protección de los mismos a personas naturales, sin perjuicio de las garantías que los Estados den en sede local a las personas jurídicas²⁵. Así, la CIDH ha reconocido que:

“Antes de analizar el contenido y alcance del derecho a la libertad de expresión y el derecho a la protección de la honra, resulta necesario aclarar que el artículo 1.2 de la Convención establece que los derechos reconocidos en dicho instrumento corresponden a personas, es decir, a seres humanos y no a instituciones como las Fuerzas Armadas. Por lo tanto, al entrar en el análisis del supuesto conflicto de derechos en el presente caso el Tribunal no pretende determinar el alcance de derechos que pudiera o no tener la institución de las Fuerzas Armadas, puesto que esto quedaría fuera del alcance de su competencia”²⁶.

26. Con respecto a las limitaciones impuestas sobre el derecho a la libertad de expresión justificadas sobre la base de la protección de los derechos o la reputación de los demás, el Relator Especial de Naciones Unidas y sus antecesores han reiterado “que este fundamento no debe ser usado para proteger al Estado y a sus oficiales de la opinión pública y de la crítica. Es criterio del Relator Especial que en el caso de funcionarios públicos y en lo relativo al desempeño de su cargo, no cabe ninguna acción penal o civil por difamación”. En este sentido, es necesario enfatizar que “el derecho internacional de los derechos humanos protege a individuos y grupos humanos, no a entes abstractos o instituciones que están sujetas a estudio, comentario o crítica”²⁷.

²² *Tristán Donoso v Panamá*, párr 57.

²³ *Memoli v Argentina*, párr 125.

²⁴ *Kimel v Argentina*, párr 63.

²⁵ *Usón Ramírez v Venezuela*, párrs 60-63.

²⁶ *Usón Ramírez v Venezuela*, párr 45.

²⁷ Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank la Rue. Informe A/HRC/14/23. 20 de abril de 2010.

V. LEGITIMIDAD DE LAS RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN-JUICIO DE PROPORCIONALIDAD

27. A pesar del reconocimiento de la importancia del derecho a la libertad de expresión para la democracia y para la realización de otros derechos, no es un derecho absoluto. El derecho internacional, así como la mayoría de las constituciones nacionales, reconocen que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión conlleva deberes y responsabilidades especiales, y que puede ser limitado bajo algunas circunstancias excepcionales. En efecto, tanto el artículo 19(3) del Pacto como el artículo 13(2) de la Convención establecen que determinados tipos excepcionales de expresión pueden restringirse legítimamente de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos. Es importante reiterar que toda limitación del derecho a la libertad de expresión debe superar el test tripartito, a saber: 1) *Legalidad*: Debe estar prevista por ley de manera clara y accesible para todos; 2) *Legitimidad*: Debe obedecer a uno de los fines legítimos establecidos en el artículo 19(3) del Pacto o el artículo 13(2) de la Convención dentro de los que se encuentra asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; y 3) *Necesidad y Proporcionalidad*: Debe revelarse necesaria y ser el medio menos restrictivo requerido para lograr el objetivo previsto.
28. Visto lo anterior, es común que la libertad de expresión y el derecho a la honra y reputación choquen con cierta frecuencia pues el ejercicio del primero tiene la posibilidad de invadir la esfera de protección del segundo. En tal sentido la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha enfatizado que “en los casos de conflicto entre el derecho a la honra de funcionarios públicos y el derecho a la libertad de expresión, el ejercicio de ponderación debe partir de la prevalencia en principio (o prevalencia *prima facie*) de la libertad de expresión pues, dado el interés del debate sobre asuntos públicos, este derecho adquiere un valor ponderado mayor²⁸”.
29. Así, el método para garantizar el goce, ejercicio y convivencia de ambos derechos es la ponderación de principios a la luz de un juicio de proporcionalidad²⁹. Es un juicio ineludible para el operador jurídico que debe sopesar ambos principios a la luz de los hechos. La Corte IDH ha expuesto la necesidad de adelantar un juicio de proporcionalidad de la siguiente manera:

“La solución del conflicto que se presenta entre ambos derechos [libertad de expresión por un lado y honra y reputación por el otro] requiere de una ponderación entre los mismos, a través de un juicio de proporcionalidad, para lo cual deberá examinarse cada caso, conforme a sus características y circunstancias, a fin de apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio³⁰”.

²⁸ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Marco jurídico interamericano sobre la libertad de expresión. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF.2/09, 30 diciembre 2009, párr. 105.

²⁹ Ver *Kimel v Argentina*, párr 56.

³⁰ *Memoli v Argentina*, párr 127. Ver también *Kimel v Argentina*, párr 51; *Tristán Donoso v Panamá* párrs 93, 113; *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) v Venezuela*, párr 144; *Lagos del Campo v Perú*, párr 100. Así lo ha reconocido también el Comité Internacional de Derechos Humanos de Naciones

30. De manera esquemática, el juicio de proporcionalidad o test tripartito involucra³¹:

- i. **Legalidad de la restricción:** Las restricciones deben estar previstas en la ley. Cualquier restricción debe estar formulada con precisión suficiente para que una persona pueda regular su comportamiento de conformidad con ella, y debe hacerse accesible al público. Cualquier restricción no puede ser excesivamente vaga o demasiado amplia, de modo que pueda conferir discreción sin restricciones a los funcionarios³². Se deben responder a la pregunta ¿existía una restricción a la libertad de expresión que fuera de orden legal, previa, clara y taxativa? En caso afirmativo ¿los hechos se enmarcaban dentro de la disposición legal?
- ii. **Legitimidad del fin:** El objetivo de la restricción debe ser conseguir uno de los fines legítimos establecidos en el artículo 19(3) del Pacto o el artículo 13(2) de la Convención dentro de los que se encuentra asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás. Las limitaciones “solamente se podrán aplicar para los fines con que fueron prescritas y deberán estar relacionadas directamente y guardar la debida proporción con la necesidad específica de la que dependen.”³³

En el caso concreto, se debe analizar si es legítimo proteger la honra y reputación de la Brigada en las circunstancias descritas por la ley (este es un análisis restringido pues usualmente la legitimidad del fin, a los ojos del juez, viene marcada por la legalidad misma de la restricción –que se hayan observado los requisitos constitucionales para la expedición de la ley y que la misma satisfaga las exigencias del derecho interno e internacional³⁴).

Unidas en su dictamen del caso *Rafael Marques de Morais v Angola*, Comunicado No. 1128/2002, U.N. Doc. CCPR/C/83/D/1128/2002 (2005). (“El Comité remite a su jurisprudencia según la cual toda restricción de la libertad de expresión debe cumplir todos y cada uno de los requisitos siguientes, establecidos en el párrafo 3 del artículo 19: debe estar prevista en la ley, debe perseguir los objetivos enumerados en los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 19 y debe ser necesaria para alcanzar uno de esos objetivos. [...] El Comité observa que el requisito de la necesidad lleva en sí un elemento de proporcionalidad, en el sentido de que el alcance de la restricción impuesta a la libertad de expresión debe ser proporcional al valor que se pretenda proteger con esa restricción. Dada la importancia preponderante en una sociedad democrática del derecho a la libertad de expresión y de una prensa y otros medios de comunicación libres y sin censura, la severidad de las sanciones impuestas al autor no se puede considerar proporcionada a la protección del orden público o del honor y la reputación del Presidente, una personalidad política que, en calidad de tal, está sujeto a la crítica y a la oposición. [...]”).

³¹ Ver *Kimel v Argentina*, párrs 58, 74, 83-84; *Usón Ramírez v Venezuela*, párrs 79-80; *Palamara Iribarne v Chile*, párr 85; *Ricardo Canese v Paraguay*, párrs 95-98. Ver también *Opinión Consultiva OC-5/85*, párr 46.

³² Comité de Derechos Humanos. Naciones Unidas. Observación General No. 34. 12 de septiembre de 2011. Párr. 25

³³ Comité de Derechos Humanos. Naciones Unidas. Observación General No. 22. Párr. 8

³⁴ Ver párrafos 18 y 24, *supra*.

- iii. **Necesidad y Proporcionalidad.** Las restricciones a la libertad de expresión deben ser necesarias para lograr un objetivo legítimo del Estado. Esto significa, que las restricciones deben estar diseñadas especialmente y ser el “instrumento menos perturbador” para conseguir el objetivo. Igualmente, el sistema interamericano ha establecido que cualquier limitación al derecho a la libertad de expresión debe ser un instrumento *idóneo* para cumplir la finalidad que se busca a través de su imposición. Esto es, que la medida efectivamente conduzca a obtener el objetivo perseguido³⁵. Asimismo, “deben guardar proporción con el interés que debe protegerse”³⁶. Se deberá buscar la medida que interfiera en la menor medida posible con el ejercicio de la libertad de expresión³⁷.

Proporcionalidad estricta: la CIDH y la Corte Interamericana han sostenido consistentemente que el test de necesidad o proporcionalidad debe ser aplicado en forma más estricta cuando se trate de expresiones referidos al Estado, a asuntos de interés público, a funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones. En términos de la jurisprudencia interamericana, existe un margen muy reducido para la imposición de restricciones a estos tipos de expresión. Este criterio estricto implica determinar, a la luz de los hechos del caso, si el sacrificio a la libertad de expresión con ocasión de la medida está resultando exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante su limitación. Si la respuesta es positiva (ie., el sacrificio a la libertad de expresión es exagerado), entonces se deberá propender por no limitar su ejercicio, o bien cambiar la medida.

31. Sobre este último criterio (proporcionalidad estricta), según estándares interamericanos, se debe realizar un “sub-test” en virtud del cual se analice: (a) el **grado de afectación** de uno de los principios en juego; (b) la **importancia de la satisfacción** del principio contrario; y (c) si la satisfacción del último [b] **justifica la restricción** del primero [a]³⁸.
32. Además, en este análisis el juez debe considerar la naturaleza pública o privada de quien pide la protección del derecho a la honra o reputación. En este sentido la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido clara en que la naturaleza pública de quien pide la protección del derecho a la honra o reputación implica un menor grado de protección del derecho y un correlativo mayor grado de aceptación hacia la crítica hecha en el marco de la libertad de expresión³⁹. Así, la Corte IDH ha dicho que:

³⁵ *Kimel v. Argentina* párr. 177.

³⁶ Comité de Derechos Humanos. Naciones Unidas. Observación General No. 34. 12 de septiembre de 2011. Párr. 25

³⁷ *Kimel v. Argentina* párr. 177.

³⁸ Ver *Usón Ramírez v Venezuela*, párr 80; *Kimel v Argentina*, párr 84.

³⁹ Esto es concordante con el Principio 11 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (“Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad.”)

“[E]n el examen de proporcionalidad se debe tener en cuenta que las expresiones concernientes al ejercicio de funciones de las instituciones del Estado gozan de una mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático en la sociedad. Ello es así porque se asume que en una sociedad democrática las instituciones o entidades del Estado como tales están expuestas al escrutinio y la crítica del público, y sus actividades se insertan en la esfera del debate público [...] De ahí la mayor tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por los ciudadanos en ejercicio de dicho control democrático.⁴⁰”

33. Corolario de lo anterior, y sin pretender hacer un análisis sobre derecho interno, vale la pena mencionar que el juicio de proporcionalidad desarrollado por la Corte IDH en sede convencional no le es extraño al ordenamiento jurídico Colombiano. Entiendo que la Corte Constitucional ha adoptado dicho juicio como propio, particularmente en casos que involucran la libertad de expresión⁴¹.

VI. CONCLUSIÓN

34. Con base en los estándares internacionales, es claro que en cada caso concreto de conflicto entre derechos debe realizarse un proceso de ponderación, aplicando el test tripartito. Además, es necesario tener en cuenta que, en ciertos casos, la libertad de expresión tiene un nivel acentuado de protección que funciona como un factor obligatorio en la ponderación judicial correspondiente. En otras palabras, así como la libertad de expresión se debe ejercer con respeto por los derechos de los demás, incluyendo el derecho a la honra, la protección de éstos debe ser

⁴⁰ *Usón Ramírez v Venezuela*, párr 83. Ver también *Herrera Ulloa v Costa Rica*, párr 128; *Kimel v Argentina*, párr 86; *Ricardo Canese v Paraguay*, párrs 99, 103; *Palamara Iribarne v Chile*, párr 84.

⁴¹ Ver Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-010/00; C-329/00; T-391/07. Así mismo, ver aclaración de voto del magistrado Carlos Gaviria Díaz en Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-087/98 (“El juicio de proporcionalidad de una medida que restringe derechos que gozan de preferencia constitucional, como la libertad de expresión o el derecho a informar, se caracteriza por las siguientes consideraciones especiales: (1) no basta que la medida restrictiva persiga una finalidad legítima, en el plano constitucional. Se requiere, adicionalmente, que se trate de una de aquellas finalidades que la propia Constitución considera expresamente como fuente de posibles limitaciones a dichos derechos. En el caso que se estudia, la Constitución autoriza limitar el derecho a informar siempre que la restricción persiga que la información sea veraz e imparcial (C.P. art.20), cuando ello sea necesario para garantizar el pluralismo informativo y la competencia (C.P. art. 75) o cuando se requiera para proteger la libertad e independencia profesional de los periodistas (C.P. art 73); (2) en cuanto se refiere a la idoneidad, la Corte ha sido clara en establecer que es suficiente con demostrar que la medida restrictiva puede resultar útil para alcanzar la finalidad propuesta. No obstante, en un juicio estricto de proporcionalidad, la idoneidad debe quedar plenamente demostrada, pues en estos casos la Constitución no admite experimentaciones; (3) algo parecido sucede al estudiar si la medida es necesaria para el logro de la finalidad. Normalmente el juez constitucional no puede llegar a ser en extremo estricto al evaluar este aspecto que se funda en consideraciones fácticas, algunas veces ajenas al ámbito de su competencia. No obstante, cuando se trata de restringir derechos que gozan de preferencia constitucional es esencial que se acredite que no existe otro medio igualmente idóneo para alcanzar el fin propuesto que sea al mismo tiempo menos restrictivo del derecho en cuestión. La carga de la prueba recae, desde luego, sobre el autor de la restricción; (4) por último, en cuanto se refiere al juicio de estricta proporcionalidad entre el costo y el beneficio de la medida restrictiva, no puede perderse de vista que cualquier restricción a derechos que gozan de preferencia constitucional debe ser excepcional y lo menos onerosa posible.”)

ejercida con respeto por la libertad de expresión de los demás y sin limitarla de manera excesiva, menos cuando se trata de expresiones especialmente protegidas por el derecho internacional⁴². En efecto, los estándares internacionales establecen que el test tripartito debe aplicarse de manera estricta cuando se trate de expresiones especialmente protegidas como aquellas de interés público (que incluye expresiones relacionadas con violaciones a derechos humanos) y sobre funcionarios públicos. Es importante enfatizar que el derecho internacional de los derechos humanos protege a individuos y grupos humanos, no a entes abstractos o instituciones como el Ejército o las Fuerzas Armadas que están sujetas a estudio, comentario o crítica.

35. La principal razón para esta protección reforzada de la libertad de expresión es que toda democracia requiere el máximo grado de deliberación pública posible sobre los asuntos públicos. Un sistema democrático y plural requiere que los funcionarios públicos y su gestión estén expuestos a un alto nivel de control. Por lo tanto, las autoridades deben tener una mayor tolerancia frente a estas expresiones por más chocantes, desagradables o perturbadoras que sean y abstenerse de imponerle limitaciones, y proteger a quienes las emiten.

Cordialmente,



David Kaye

Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión

* * *

⁴² Cfr. Catalina Botero, et al. *El derecho a la libertad de expresión: Curso avanzado para jueces y operadores jurídicos en las Américas*. Julio 18, 2017. Disponible en: <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/07/El-derecho-a-la-libertad-de-expresi%C3%B3n-PDF-FINAL-Julio-2017-1-1.pdf>