

CONSIDERACIONES ACERCA DEL DERECHO A “MADREAR”

ANTHONY FELIPE VARGAS JIMÉNEZ

YESSICA VELÁSQUEZ LÓPEZ

MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA – UNAULA

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

2016

CONSIDERACIONES ACERCA DEL DERECHO A “MADREAR”

ANTHONY FELIPE VARGAS JIMÉNEZ

YESSICA VELÁSQUEZ LÓPEZ

MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA

Asesor

Víctor Hugo Caicedo Moscote

**Trabajo de grado presentado para optar al título de
Abogado**

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA – UNAULA

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

2016

Nota de aceptación

Presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Medellín, 16 de diciembre de 2016

A nuestras familias, por ser apoyo fundamental.

A nuestros profesores, compañeros y amigos por sus valiosos aportes.

AGRADECIMIENTOS

A nuestras familias, especiales agradecimientos por ser nuestro soporte constante.

A nuestros profesores y directivos de la Universidad Autónoma Latinoamericana, por sus valiosas inspiraciones.

Al profesor Víctor Hugo Caicedo Moscote, por su encomiable labor al frente de nuestro trabajo de grado.

A nuestros compañeros y amigos, por sus inapreciables manifestaciones de solidaridad.

CONTENIDO

RESUMEN	7
INTRODUCCIÓN	8
APROXIMACIÓN INTRODUCTORIA.....	10
1. Alcances históricos y filosóficos de la libertad de expresión	10
1.1 La edad antigua	10
1.2 La modernidad	11
1.3 La contemporaneidad.....	15
2. La libertad de expresión: aproximación conceptual a la libertad de expresión.....	19
CAPÍTULO I: LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL MUNDO.....	21
1. La cuestión actual	21
1.1 La cuestión en Estados Unidos de Norteamérica.....	21
1.2 La cuestión en Europa.....	24
1.3 La cuestión en Rusia	26
1.4 La cuestión en Latinoamérica	31
CAPÍTULO II: LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN COLOMBIA	35
1. Libertad de expresión en Colombia	35
1.1 Reseña histórica	35
1.2 Marco normativo.....	38
2. El debate jurisprudencial en torno a la libertad de expresión	43
CAPÍTULO III: LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.....	52
1. La sociedad de la información	52
2. La jurisprudencia sobre el tema	55
3. El madrazo	57
CONCLUSIONES	63
REFERENCIAS.....	65

RESUMEN

La presente investigación tuvo como eje fundamental la investigación acerca del estado actual de la teoría del derecho fundamental a la libertad de expresión frente a los nuevos desafíos de la sociedad de la información, por lo cual su desarrollo se circunscribió a la revisión de los textos especializados en el tema, esto es, enmarcada en una investigación de tipo documental. Para alcanzar el fin propuesto, la investigación pasó estudiando los fundamentos históricos y filosóficos de la libertad de expresión, los diferentes umbrales permitidos bajo la protección del derecho fundamental, los aspectos políticos que implican su reconocimiento y el estado actual en Colombia, teniendo en cuenta las sentencias de la Corte Constitucional colombiana alrededor de dicho derecho y las implicaciones en una sociedad donde la información es global e imprescindible. Los resultados de la investigación mostraron puntos a favor de la libertad de expresión y discursos normativamente amparados, por la función democrática que estos encierran, todo lo cual podría hacer pensar en un derecho a madrear cuando se busca un fin permitido.

INTRODUCCIÓN

El ejercicio del derecho fundamental de la libertad de expresión es una herramienta que toman los Estados modernos para construir escenarios democráticos. Sin duda se trata de un derecho de ejercicio individual con implicaciones colectivas. Pero los tiempos contemporáneos nos han mostrado la inexorable necesidad de las comunicaciones globales. Se usan las redes de comunicación prácticamente para cualquier actividad humana y ello ha provocado un profundo cambio en las relaciones personales y en los roles de la sociedad. Incluso en la libertad de expresión, que se ha transformado con la multiplicidad de medios donde se puede ejercer el derecho: redes sociales, blogs, diarios digitales, etc. Las comunicaciones han hecho aparecer nuevas fuentes de información, nuevos medios de comunicación, nuevos actores, mayor difusión de contenidos, inmediatez y universalización de la libertad de opinar y manifestar las ideas. De allí que hoy sea muy asequible la libertad de pensamiento y difusión de las ideas, la contradicción y disertación, pero también el “madreo”.

“Madrear” significa en Colombia, en términos amplios, “mentar” la madre, humillar, zaherir, insultar apelando a la progenitora, que es la forma común de los insultos, pero el concepto abarca cualquier manifestación que es ofensiva sin recurrir necesariamente a insultar a la madre. En cualquier caso, hoy por hoy madrear es uno de los más naturales y recurridos impulsos de las personas para quejarse, para impetrar una petición, para reclamar, para exigir y para irradiar los ánimos y pensamientos acerca de algo o alguien: es la forma como se manifiestan las ideas. Un madreo tiene, entonces, una parte en la libertad de expresión, pero en una dimensión desorbitada para la doctrina generalmente aceptada: madrear es el rebosamiento del núcleo esencial del derecho fundamental a la libertad de expresión porque se afectan otros derechos fundamentales, como el buen nombre, la honra, la intimidad.

Pero, ¿está cerrada la discusión definitivamente como un exceso del uso de la libertad de expresión? Sin duda la dialéctica que se pueda ofrecer en el tema es de gran interés tratándose de derechos fundamentales, pues estos, como categorías que parten de la dignidad humana, están en constante interpretación por la jurisprudencia constitucional. Así que para el que usa las comunicaciones, para el periodista, para el político, para la autoridad religiosa, para el juez, etc., la discusión resulta importante, teniendo como fin, en consecuencia, definir el rango de acción que actualmente puede predicarse de la libertad de expresión.

Pocos se decantarían a avalar una conducta que tuviera por fin exclusivo ultrajar a una persona. Desde luego aquí no se intentará defender tal cosa ni tampoco desconocer la dignidad de que está investido todo ser humano. Por eso los temas que se desarrollarán en los siguientes capítulos son los aspectos generales de la libertad de expresión, el tratamiento jurídico que tiene en algunos ámbitos extraterritoriales y el estado actual del derecho fundamental en un contexto de profundas reconfiguraciones y cambios globales, como sucede en la sociedad de la información, era de las comunicaciones, donde además se esbozará la existencia de un posible derecho a madrear, que surge como consecuencia de la universalización de las posibilidades de ejercicio, del tratamiento preferente de la libertad de expresión, de la defensa del discurso protegido, del amparo de la democracia. Todo se realizará a partir de una investigación documental que consulte los textos más relevantes, con los cuales se confrontará el estado actual de la libertad de expresión y la problemática de un madrazo.

APROXIMACIÓN INTRODUCTORIA

1. Alcances históricos y filosóficos de la libertad de expresión

1.1 La edad antigua

La definición de libertad de expresión presenta problemas. Los antiguos filósofos griegos se preocuparon principalmente por la *physis*, por explicar los fenómenos naturales.

Para Protágoras de Abdera, no podía existir una realidad única para los hombres, porque todas las realidades son circunstanciales y, en esta medida, todas son validadas por cada persona. “El criterio de verdad es suprimido y es sustituido por el de la opinión más conveniente: ya que se considera que no es posible la certificación de una verdad universal y necesaria, solo puede aceptarse como verdad la opinión de los diferentes miembros de la sociedad (...)” (Del Valle, 2003, p. 27). Se puede comprender, en consecuencia, que el pensamiento protagórico privilegia la libertad de pensamiento y la pluralidad de éste.

Ahora bien, en el pensamiento de Sócrates, no se prohíja la idea de un relativismo protagórico. “Para Sócrates la libertad de expresión y de pensamiento es primordial”, como puede verse en la *Apología*. En esta obra se defiende el derecho a la búsqueda de la verdad:

(...) Si me dijeseis: Sócrates, en nada estimamos la actuación de Anito y te declaramos absuelto, pero es a condición de que ceses de filosofar y de hacer tus indagaciones acostumbradas, y si reincides, y llega a descubrirse, tú morirás. Si me dieseis libertad bajo estas condiciones, os respondería sin dudar: atenienses, os respeto y os amo, pero obedeceré a Dios antes que a vosotros y, mientras yo viva, no cesaré de filosofar...” (Platon, 1871).

En la filosofía socrática resulta de gran trascendencia la libertad del pensamiento: incita a descubrir que el hombre ha vivido en el error y que es necesario un diálogo interior para hacer relucir la verdad, la cual es universal. No obstante, “Platón nos cuenta cómo los atenienses amantes de la libertad castigaron a Sócrates por el crimen de hacer declaraciones subversivas” (Darbishire, 1994, p. 18). Recuérdese que Sócrates era subversivo en la medida en que ponía a la gente a pensar; así el régimen, el sistema de vida griego, era cuestionado.

Bien podría considerarse que desde la antigüedad existía un tratamiento remoto de la libertad de expresión. Lo cierto es que la noción de la libertad, aproximada a la de hoy, surgió cuando hubo un cambio paradigmático breve, de los estudios acerca de la naturaleza física hacía el hombre mismo, en una crisis de las creencias (Alsina, 1967). De suerte que el desarrollo de la libertad de expresión no entraría en fulgor en ese momento de la historia. Tampoco lo haría en la que le secundó, la Edad Media, pues en esta hubo una gran preocupación filosófica por los dogmas religiosos, en un fortalecimiento de la filosofía moral: la filosofía se concebía como sirvienta de la religión. Recuérdese que en la Edad Media la creencia religiosa no podía ser objeto de discusión. Se ponía en riesgo la propia vida.

1.2 La modernidad

Sin ánimo de inmiscuirse en discusiones vivaces, como se trata del origen de los derechos humanos, debe decirse que la libertad de expresión, como noción que soporta todas las fuerzas resultantes del humanismo, solo puede concebirse a partir de la modernidad, cuando se da un giro, en los esfuerzos intelectuales, por comprender al hombre como centro del universo, y no a Dios, como sucedió en el medioevo.

El giro que da el hombre de la Edad Media es el afán de constituirse él mismo, con sus propias fuerzas finitas, en esa instancia que decide lo verdadero y falso. Trata de independizarse de instancias distintas a él y se convierte en una especie de tribunal.(...) Pero ese tribunal no es arbitrario; tiene unas leyes

según las cuales se lleva a cabo ese discernimiento entre lo verdadero y lo falso. Esta capacidad de discernimiento se extiende a todos los campos: éticos, estéticos, políticos, jurídicos, etc. Esa sublevación de la razón frente a los poderes de la época –la tradición, la opinión, la iglesia que administra la revelación– implica una lucha contra esos poderes y también una conciencia y un ejercicio de libertad (...) (Belandria & González, 2005, p. 13).

La libertad de expresión, entonces, encuentra germen bajo una lucha de consolidación de una noción del hombre, del antropocentrismo, bajo la doctrina de los derechos humanos que harían aparición en este periodo a través de catálogos de derechos, como la Constitución de Virginia de 1776 y la Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. De ahí que se deba acudir a los modernos filósofos humanistas que construyeron las ideas fundamentales de libertad, motivados por los nuevos hallazgos de la ciencia e impulsados por la invención de la imprenta. Y en este sentido, enfrentados al poder de la monarquía apoyada por el clero, la burguesía se torna humanista y anticlerical y su fuerza definirá los nuevos paradigmas modernos. A la libertad de comercio (libertad económica) se suma la necesidad de libertad política para decidir su propio destino (Agudelo Ramírez, 2011)

Importante es el aporte de la doctrina inglesa modernista, representada por Milton y Mill. El planteamiento inglés de la libertad de expresión no fue para nada distinto a su tradición de reconocimiento de libertades y garantías humanas. En la doctrina contemporánea se debate el papel, en el desarrollo de los derechos humanos, que representaron los documentos ingleses que reconocieron derechos a través de su historia: la Magna Charta de 1215, la Petition of Rights de 1628 y la Bill of Rights de 1689. Se discute si en realidad su contenido estaba dirigido a reconocer derechos humanos, de naturaleza eminentemente universal, es decir, dirigidos para todas las personas sin discriminación alguna, o si solo se trataron de prerrogativas a un grupo específico de la sociedad inglesa. La primera hipótesis parecería confirmarse con el hecho que la libertad de expresión fue reconocida en el último de los decálogos referidos

y su espectro se amplió debido a la lucha de las organizaciones de librerías por la libertad de imprenta (Martínez Moscoso, 2009).

John Milton fue un original defensor del ejercicio de la libertad de expresión. El hombre, como ser racional, puede elegir qué es lo verdadero y por ello necesita acceder a la mayor cantidad de fuentes. El Estado, entonces, no tendría que intervenir sobre esa búsqueda de los hombres (Bisbal Torres, 2006).

John Stuart Mill, filósofo del utilitarismo, también ejerció como un defensor clásico a ultranza de la libertad de expresión, especialmente en su obra *On liberty*. Aún cuando se discutan sus disensiones con Milton, este fue quien sentó las bases para que Mill estructurara su pensamiento, según el cual la libertad de expresión está dada por la búsqueda de la verdad. Para este pensador, un derecho a la libertad de las personas es una prerrogativa absoluta e incuestionable, aunque será menester limitarla en casos específicos. El hombre puede expresar los pensamientos e ideas sin miramiento alguno: el gobierno no está autorizado para limitarla. El pensador inglés plantea la necesidad de que la libertad de expresión se circunscriba a un espacio dialéctico suficientemente amplio para el logro de una opinión fundada, del descubrimiento de la verdad. Formulará entonces un libre mercado de ideas (Bisbal, 2006).

La filosofía de Mill (citado en Bisbal, 2006) implica actuar de acuerdo a un principio esencial de conducta: la utilidad, que es lo que puede garantizar felicidad al hombre, en últimas es el placer y la ausencia de dolor. “La libertad de expresión tendría un primer argumento utilitarista, ya que la libre discusión tiene beneficios prácticos a largo plazo: es el camino que con más probabilidad lleva al descubrimiento de nuevas verdades” (p. 24).

Baruch Spinoza, importante defensor de la libertad de expresión, descubrió que el hombre está naturalmente tan dotado de autonomía para realizarse libremente que llega a afectar las libertades ajenas, en una suerte de guerra. Para el filósofo holandés, se necesita de un acuerdo entre los hombres que defina el límite de esas libertades:

compromete estas a la autoridad constituida. Sin duda, Spinoza encuentra un basamento hobbesiano para sentar su filosofía política, pero no en completud. Dirá, en consecuencia, que las libertades de que goza el hombre podrán ser limitadas cuando se llegue a afectar al Estado, que representa el acuerdo celebrado entre hombres, y no una autoridad particular ajena a ellos, digna de toda sumisión, como lo pensaba Hobbes (Madanes, 1986).

El modelo francés de la libertad de expresión, estaría inspirado en el pensamiento de Voltaire quien sería, uno de los más recordados precursores de este derecho. François-Marie Arouet –Voltaire – (1694), compiló en su frase más famosa las fuerzas y pasiones que se suscitaban frente a la libertad de expresión en esta época: “No estoy de acuerdo con lo que usted dice, pero defenderé hasta la muerte su derecho a decirlo”. Voltaire era un comprometido con la causa de las libertades humanas. Atacará el fanatismo religioso y defenderá la tolerancia. Y en el campo de la libertad de expresión juzgará como benévolo que cada persona pueda tener derecho al acceso a la imprenta, para la publicación de sus obras intelectuales y que cada quien tome partida en lo que decida creer (Martínez Moscoso, 2009).

No puede, desde luego, pretermitir el pensamiento de uno de los más prolíficos pensadores ilustrados: Immanuel Kant, el filósofo de Königsberg. “(...) Kant pensaba que la libertad debía partir de la conciencia individual para luego concretarse en lo social, pues sostiene que cuando se ha logrado desarrollar la inclinación y oficio del libre pensar del hombre, el hecho va repercutiendo poco a poco en el sentir del pueblo, con lo cual éste se va haciendo más capaz de la libertad de obrar y puede influir en el gobierno para el reconocimiento oficial de este derecho. Está implícito allí que la libertad de obrar es una eterna conquista del hombre, y nunca una graciosa concesión de los gobernantes” (Belandria & González, 2005, p. 19).

Kant invitaba a las personas a que se valieran de su propia razón y se acercaran al conocimiento liberado, sin ataduras mentales. En su pensamiento el hombre tiene autonomía de la voluntad para actuar. Por esto, la libertad implica también una idea de

igualdad. Su frase siempre célebremente recordada y repetida “sapere aude”¹ es un canto a la libertad para la realización del ser.

1.3 La contemporaneidad

Sin duda, no hubiesen sido posibles los avances que se presentaron más recientemente en materia de derechos humanos, y desde luego de la libertad de expresión, sin los aportes del Renacimiento, de la imprenta, de la Ilustración y, sobre todo, del ascenso de la burguesía que necesita mano de obra libre para disponer de ella en el mercado capitalista (libre para pensar, expresarse y actuar conforme a los parámetros mercantiles).

El numeral primero de la Declaración de Virginia (1776) establece que “todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden ser privados o postergados (...)”; y “la libertad de prensa es uno de grandes baluartes de la libertad, y jamás puede restringirla un gobierno despótico”.

El movimiento intelectual moderno se concretaría también en la Declaración Francesa de Derechos (1789):

Artículo 11: La libre comunicación de pensamientos y de opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; en consecuencia, todo ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, a cambio de responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley. (p. 2)

Esta declaración fue un ejemplo para Europa y el mundo entero. Su adopción fue básica para el establecimiento del Estado moderno, pues incluía una estructura de organización del Estado y, por supuesto, enlistaba las garantías humanas mínimas. La libertad se concibió como un derecho inherente al hombre, por el hecho de ser tal, el

¹Atrévete a pensar.

cual no depende la intervención de ningún poder, salvo que por su ejercicio desmedido se pueda limitar. Históricamente la concepción europea parte de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 en su artículo 11. Este documento se verá confirmado en su contenido por más modernos instrumentos; específicamente el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1953) que en el artículo 10 manifiesta:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.
2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial (pp. 11-12).

Se comprenderá que la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, la subsecuente Primera Enmienda y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 tienen relevancia actual por lo que representaron.

En su promulgación los Estados tuvieron motivos para refundarse en los principios de libertad, igualdad y fraternidad. En igual sentido, iniciaron las lides para que se reconocieran los derechos humanos, mediante su incorporación en las Constituciones contemporáneas.

De este modo, en libertad de expresión) a partir de un anhelo global antecedido por los Estados Colombia, en parte, producto de estas revoluciones, aunadas a la guerra de la independencia, se materializan los esfuerzos para el reconocimiento de este derecho fundamental (el de la Unidos y Francia, principalmente. Pero también existen antecedentes no menos importantes, en la medida que son fuentes del derecho colombiano: la Convención Americana de Derechos Humanos de 1948 y la Declaración Universal de Derechos Humanos del mismo año.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948 en París, sin duda fue todo un hito de la historia contemporánea, por lo que representa en el contexto de las fuerzas políticas globales. A su tenor, el artículo 19 establece que “todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión” (p. 3).

Pero meses antes a dicho documento, ya nuestro continente se había anticipado a realizar la IX Conferencia Internacional Americana, que concluyó en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948): “Artículo IV. Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio”. La misma codificación sería confirmada por la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), la cual dota de instrumentos y organismos para la protección de los derechos humanos en las Américas. En su cuerpo establece:

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión.

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

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

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

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

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

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

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional. (p. 6)

Sin embargo, un reconocimiento pleno del derecho a la libertad de expresión en Colombia, sin sometimiento alguno a las condiciones fijadas por los Gobiernos, libre e independiente, con garantías para su ejercicio, no sería posible por las excepcionales circunstancias que se padecieron durante los siglos XIX y XX. Pero con los documentos antecedentes y las fuerzas y movimientos resultantes de todos los esfuerzos por consolidar los derechos humanos, la Asamblea Nacional Constituyente promulgaría la Constitución Política de 1991 como momento hito para la libertad de expresión:

Artículo 20: Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir 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 a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.

Este artículo de la Carta Política contiene múltiples prerrogativas relacionadas, por lo cual, para comprenderlo, se han hecho aproximaciones conceptuales que las explican, como pasa a verse.

2. La libertad de expresión: aproximación conceptual a la libertad de expresión

La definición del derecho a la libertad de expresión ha mostrado armonía entre sus fuerzas alentadoras, es cuestión pacífica, y prácticamente en la actualidad hay consenso en cuanto a su delimitación, al papel en la democracia y su función social. Libertad de expresión es, sucintamente, “la difusión de ideas, pensamientos y opiniones” (Rico, 2012, p. 337). Pero hacia una definición más amplia y actual, puede decirse que es la “facultad de buscar, obtener, recibir, difundir o publicar la materialización del pensamiento en todas las áreas: política, religiosa, artística, económica, etc.” (Puentes, 2014, p. 57).

El debate actual que sirven de base normativa. Los esfuerzos de hoy se centran en las tensiones no se centra en determinar si los hombres tienen un presunto derecho a expresar o manifestar sus pensamientos. Este asunto fue resuelto a través del recorrido histórico y los documentos con otros derechos que generan los discursos protegidos.

Cierto es que la libertad de expresión es una garantía humana magnánima, pero estrechamente relacionada a otras. Ello se entiende así porque se ha forjado un vasto desarrollo normativo y jurisprudencial, con unos alcances superlativos, de esas otras garantías fundamentales, porque si en el pasado se clamaba por un derecho a manifestar libremente las ideas y expresarlas a viva voz, hoy esa garantía no es suficiente para agotar el derecho a la libertad de expresión, en parte porque los reclamos modernos de

libertad han dado más frutos, y porque se reconoce un papel preponderante en la democracia y mantenimiento del Estado moderno.

De este modo, para la Corte Constitucional colombiana, cuyas consideraciones son referentes obligatorios e indispensables para comprender el derecho a la libertad de expresión en el país, ha definido que:

El derecho a la libertad de expresión comprende los pensamientos, las opiniones, las ideas, los conceptos y las creencias de hechos reales o imaginarios, manifestados en ámbitos sociales, académicos, culturales o políticos, en obras literarias o artísticas, o en medios masivos de comunicación. Se caracteriza por entrañar una labor de especial creación intelectual o artística, cuyo contenido es esencialmente personal del autor (Sentencia T – 1198, 2004).

Pero también en esa relación hay concordia con otros derechos, como la libertad de información, definida como aquella que:

(...) hace referencia a la circulación y recepción de noticias sobre un determinado suceso de la realidad, relacionadas con el entorno físico, social, cultural, económico y político. De ahí que la jurisprudencia haya hecho énfasis en que la divulgación de información se rija por los requisitos de veracidad e imparcialidad exigidos constitucionalmente (Sentencia T – 1198, 2004).

Con todo, la filosofía, a lo largo de la historia, ha tenido como preocupación que el hombre pueda manifestar libremente su pensamiento y sus opiniones, con fundamento en múltiples consideraciones, como la búsqueda de la verdad o natural que es para el hombre gozar tales prerrogativas. Esas ideas son cuestiones superadas en esta época y desarrolladas en instrumentos jurídicos.

CAPÍTULO I: LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL MUNDO

1. La cuestión actual

1.1 La cuestión en Estados Unidos de Norteamérica

Sin duda, en el modelo estadounidense, toma importancia para la libertad de expresión el antecedente de la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, pero más prevalencia tiene la Primera Enmienda a la Constitución que data de 1791, porque aquella tiene más carácter de exhortación que coerción normativa. La Primera Enmienda nace como reconocimiento a las minorías de su derecho a profesar un credo del cual no tomara partida el Estado, sino que se preocupara por su garantía: A su tenor, “El Congreso no legislará respecto al establecimiento de una religión o a la prohibición del libre ejercicio de la misma; ni impondrá obstáculos a la libertad de expresión o de la prensa; ni coartará el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios”. El ejercicio de la libertad de credo y conciencia constituyó la motivación principal sobre la que se centraron los redactores de la Primera Enmienda, sin olvidar que este documento incluye los derechos a la libertad de prensa, a la libertad de reunión y el derecho a realizar peticiones al gobierno.

En tal sentido, el derecho a la libertad de conciencia resultó imprescindible para el nacimiento de un catálogo de derechos. Pero el derecho a la libertad de culto, que es el derecho a expresar las opiniones religiosas o no religiosas, responde a la necesidad de liberar el territorio estadounidense de las persecuciones por los distintos credos demiurgos, porque la mayoría de las personas que emigraron eran perseguidas por su religión. Y ese derecho en Estados Unidos ha tenido connotaciones especiales consideradas por la Suprema Corte y se le ha buscado un punto de equilibrio con el derecho fundamental a la igualdad, lo cual fue logrado a través de la libertad de expresión (Pérez, 2013). Así, como puede entenderse, los derechos fundamentales en los Estados Unidos tienen encuentros muy grandes, lo cual hace que un derecho no puede existir si previamente no se ha reconocido otro. Por eso la libertad de expresión tiene

fundamento en las libertades de conciencia, de culto y el derecho a la igualdad, y a la vez se constituye en la garantía de estas y otras prerrogativas fundamentales (Nuñez, 2008).

La sociedad estadounidense ha estado compuesta por una diversidad cultural, política y religiosa muy amplia y a toda se debe garantizar los derechos a la igualdad y a la libertad de expresión. Y estas garantías fundamentales entrarían en conflicto cuando una persona use su libertad de opinión para zaherir en cuestiones religiosas, raciales o étnicas, pero la Suprema Corte ha juzgado casos parecidos y ha dicho que en estos no hay tal contradicción normativa y que, muy al contrario, expresiones ofensivas o de odio, ayudan a consolidar la democracia más profundamente y a salvaguardar el derecho a la igualdad., sirviendo la libertad de expresión para consolidar otros derechos fundamentales (Nuñez, 2008). Esta es la gran especificidad que presenta el sistema judicial estadounidense, permitiendo como expresiones válidas y protegidas lo que se conoce como hate speech, o manifestaciones cargadas de odio, las cuales serían reprobadas en otros escenarios, como el europeo o el colombiano. Pero que en Estados Unidos haya tal protección a la libertad de expresión no significa que no haya límites a ese ejercicio. Estos surgen cuando se ve ineluctablemente un peligro a la integridad física o la vida contra quien se profiere el discurso de odio, que constituya una amenaza seria para cometer un acto delictivo. Tampoco el derecho a la libertad de expresión autoriza a agredir a quien se ve implicado en la manifestación de odio, mucho menos a cometer delitos.

Se podrá restringir la libertad de expresión de una persona si dicha expresión 1) tiene por objetivo incitar o generar conductas al margen de la ley, 2) existe la probabilidad de que incite semejantes conductas, y 3) existe la probabilidad de que estas conductas se produzcan de manera inminente (Embajada de los Estados Unidos de América, 2013).

Una comprensión clara de estas ideas puede verse en el filme *The People vs. Larry Flynt*, del director Milos Forman. La película está basada en el desarrollo de un juicio

que tenía como cuestión jurídica la valoración de los contenidos sexuales de una revista y la jurisprudencia estadounidense los tomó como propios de la libertad de expresión, muy a pesar que algunos sectores sociales los tomaban como contrarios a los valores de la sociedad. Fue allí dicho que “(...) el punto principal de la Primera Enmienda es que reconoce la importancia fundamental del intercambio libre de ideas. La libertad de expresión no es sólo un aspecto de la libertad individual también es esencial en la búsqueda de la verdad y la vitalidad de la sociedad entera”, y también que “vivimos en un país libre y esa es una idea poderosa, es una magnífica forma de vivir pero hay que pagar un precio por tener esa libertad, a veces tenemos que tolerar cosas que no necesariamente nos gustan (...) Si empezamos a construir murallas en contra de lo que algunos piensan que es obsceno tal vez despertemos un día para darnos cuenta de que se han construido murallas alrededor de ideas que no esperábamos desacreditar entonces no podremos ver, ni hacer nada y eso no es libertad”, reafirmando las ideas que precedentemente se dijeron, que para los Estados Unidos es basilar la libertad de expresión en para el entendimiento de la verdad, la democracia y otros derechos (Forman, 1996).

Más allá de lo anterior, la Primera Enmienda es importante en el reconocimiento expreso de la libertad de expresión. Pero dicha norma no trascendería si no fuese interpretada por la Suprema Corte de los Estados Unidos en sus decisiones con base en las firmes convicciones democráticas y filosóficas que originaron su creación. Se considera que “(...) la discusión abierta de temas de interés público entre los ciudadanos conduce a gobiernos más transparentes y representativos, a ideas más tolerantes y a sociedades más estables” (Embajada de los Estados Unidos de América, 2013). Por tanto, en Estados Unidos, la libertad de expresión, si bien es un derecho individual, trasciende esa esfera particular y adquiere connotaciones de interés general en la búsqueda de una mejor sociedad. El modelo estadounidense de protección al derecho a la libertad de expresión tiene serias divergencias con otros modelos, aunque bien en sus más prístinos inicios, la norma fundamental de la Primera Enmienda fue resultado de las influencias inglesa y francesa (Martínez, 2009), pero hoy se apartan de esos modelos, principalmente en la protección del discurso de odio que “por lo general, se definen

como discursos que denigran a una persona o grupo por motivos de su raza, etnia, género, religión, orientación sexual o condición de discapacidad” (Embajada de los Estados Unidos de América, 2013). Sin duda estas consecuencias estriban en la cuestión de la verdad, prolijada de las ideas de Mill, y ello tiene relevancia porque “en EE.UU. en el mercado libre de las ideas se confunden informaciones y opiniones” (Nuñez, 2008, p. 464).

La cuestión de derechos fundamentales en Norteamérica no ha tenido un desarrollo pacífico. Al contrario, ha dado lugar a encendidas batallas, como la Guerra de Secesión. La Constitución otorgaba la potestad a los Estados de decidir acerca de los derechos de las personas, esencialmente sobre la abolición de la esclavitud, generando una problemática política. En esta batalla participaron dos bandos: el Norte del país, que propendía por el abolicionismo y el Sur, esclavista. La situación era compleja puesto que el Sur había alcanzado días de prosperidad económica con base en el trabajo de los esclavos negros en las plantaciones de algodón y por ello no tenía disposición a dejar el mercado de personas. El Norte, sin embargo, era un bloque económicamente sólido y más industrializado frente a su contraparte. Con la rendición de los sureños se dio la liberación de los esclavos y se conformó una nación sin aparente esclavitud.

1.2 La cuestión en Europa

En la Europa moderna la libertad de expresión se enmarca en varios instrumentos internacionales, desde la francesa Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y de 1789 y hasta la Convención Europea de Derechos Humanos rubricada en 1950.

A partir de estos, se muestra el rasgo esencial del modelo europeo de protección a la libertad de expresión: establecer medidas anticipadas de restricción a la libertad de expresión que, en comparación, en el modelo norteamericano no se enuncian. Pero como ha sido la jurisprudencia del Tribunal estadounidense la que se ha encargado en su labor hermenéutica de poner freno al abuso de la libertad de expresión, aquí se establece otro rasgo fundamental: en Europa hay un control a priori de la libertad de expresión y

en Norteamérica es un juicio a posteriori (Nuñez, 2008). Desde luego, el juicio europeo no puede ser uniforme en todo el territorio porque cultural, política y religiosamente el continente no es homogéneo. Por eso, al referir lo que es la Europa de la libertad de expresión, se aprecia en su extensión lo que la parte occidental, y más conocida – estudiada –, ha elaborado.

El alcance del derecho a la libertad de expresión en Europa requiere de una mayor responsabilidad, una exigencia de veracidad, frente al caso norteamericano que se establece un mercado donde las ideas fluyen sin restricciones para la formación de la verdad que saldría avante frente a la falsedad (Nuñez, 2008).

Si el pensamiento de Mill (citado en Bisbal, 2006) fue la piedra que cimentó la concepción ideológica de los Estados Unidos acerca de la libertad de expresión y el Estado toma una posición neutral, dejando el asunto a los particulares, en Europa se han prolijado los esfuerzos de la filosofía del contrato social, por el cual se entiende que por dicho pacto, las personas renuncian a su poder ilimitado para guardar su propia vida y sus bienes por el Estado, el cual garantizará esos derechos a cada persona, entre ellos, la libertad de expresión. Por tanto, el Estado toma una actitud proteccionista, pero más exigente frente al ejercicio de la libertad de expresión.

Pero en Europa también se sigue el pensamiento kantiano: “(...) la libertad ilimitada de expresión de cada uno y de los medios de comunicación que son los que ejercen realmente esta libertad con efectos sociales y públicos pueden herir el derecho a la información veraz de los demás y que el fin de la verdad, de la democracia o de la autonomía personal no justifican los medios (...)” (Nuñez, 2008). Porque con la Ilustración se comenzó a cuestionar el mundo de una manera diferente a la planteada como única verdad: Dios. Se le da una mayor importancia a la razón. Este nuevo movimiento se reunía en salones donde realizaban tertulias y se compartían los problemas que afectaban la sociedad, principalmente la intención de limitar los poderes del soberano a la voluntad del pueblo ejercida a través de sus representantes (Valenzuela, 2008).

En Europa no habrá problema en argumentar que la libertad de expresión hace parte de una órbita individual con repercusiones sociales y ello autorizará, como bien fue definido en los documentos históricos que son el basamento jurídico del entendimiento de los derechos humanos, a que se prevean limitaciones justificadas a su ejercicio abusivo.

Con la burguesía – por medio de cartillas, panfletos y revistas – la libertad de expresión pasó de estar en manos de unos pocos, los ilustrados, a permitir la creación de nuevas agencias de prensa. La mayoría de estos documentos de carácter revolucionario era repartida en las calles e incluso llegaron a tener acogida internacional, dando a conocer la situación que se vivía en los países. Sin embargo la censura por parte de la nobleza no se hizo esperar e intervino en aquellos periódicos, donde la información no le favorecía (<http://oralidadyescriturauni.blogspot.com.co/2015/03/cual-es-el-papel-de-la-prensa-en-la.html>).

1.3 La cuestión en Rusia

La libertad de expresión en Rusia ha sido un asunto logrado con cargo al momento histórico político.

En la Rusia zarista, cuya última dinastía gobernó desde el siglo XV, la organización política era la monarquía absoluta: el Zar concentraba todos los poderes, mantenía la propiedad de la tierra basada en una sociedad feudal privilegiada para la nobleza y el clero. La nobleza se encargaba de la administración de la tierra, de orientar la política de las instituciones militares que controlaban la manifestación de opiniones, los planteamientos e investigaciones, dando autorizaciones a publicaciones. Así que no se podría comprender en este periodo las libertades humanas: el sistema político y social era atrasado si se advierten los esfuerzos globales de aquella época por consolidar sociedades más liberales. Al Zar no le interesa la crítica, la repudia y por eso eran frecuentes las persecuciones contra la disidencia.

Entrados los tiempos modernos, ante las necesidades del mundo, el Zar Alejandro II, de la Dinastía de los Romanov, implementó unas incipientes reformas sociales con el fin de hacer frente al atraso. Abolió el régimen de la servidumbre hacia 1861 e intentó una serie de políticas de impulso industrial que no fueron del todo exitosas: si bien surgió una clase media y obrera, lo cierto es que la sociedad no destacaba en progreso.

Finalizando el siglo XIX y entrado el siglo XX, y gobernando el Zar Nicolás II, el régimen enfrentó la oposición política, que exigía libertades fundamentales y mejores condiciones sociales y económicas: surgirían movimientos políticos que pretendieron establecer una nueva forma de gobierno. Así nace la oposición con varios partidos, algunos inspirados en el pensamiento marxista, que a la postre definiría en una escisión entre mencheviques y bolcheviques.

En 1905, el Zar se enfrentaría a protestas sociales que reclamaban mejores condiciones laborales y sociales, la Revolución de 1905, y su respuesta fue bastante represiva, ante lo cual, surgieron fuerzas políticas de obreros y campesinos que se avinieron al control político. Nicolás II cedió y suscribió el Manifiesto de Octubre (1905), consistente en demandas de derechos civiles y políticos: establecimiento de voto universal, de un parlamento o Duma, sustitución de partidos políticos:

1. Conceder a la población la libertad civil, establecida de una manera inquebrantable sobre la base de la inviolabilidad personal, y las libertades de conciencia, de reunión y de asociación.
2. No obstaculizar las elecciones a la Duma Imperial y admitir la participación en las elecciones de las clases de población que han sido privadas hasta ahora del derecho de voto.
3. Establecer una regla inquebrantable que cualquier ley no será efectiva sin la sanción de la Duma Imperial y que los representantes del pueblo tendrán los medios para participar realmente en el control de la legalidad de los actos realizados por los miembros de Nuestra administración.

Con el Manifiesto de Octubre la esperanza de unos derechos humanos, siendo imprescindible la libertad de expresión en su implicación instrumental para el ejercicio político, quedaron en meras expectativas, porque el Zar se concedió la facultad de revocar el acuerdo y no cumplir con el suscrito documento, como así hizo. La Revolución de 1905 fracasó, pero sentó las bases para la Revolución de Febrero de 1917 que culminó con la Revolución de Octubre.

En el régimen absoluto zarista, se crearon dos grupos que ejercieron oposición exigiendo libertades políticas: la minoría denominada como mencheviques, que buscaban un orden capitalista con libertad de adquisición de la tierra, de pensamiento liberal y libertad política, y la mayoría llamada bolcheviques que buscaban establecer un régimen socialista, que facilitara la distribución equitativa de la tierra y con una línea ideológica más radical, pues no era permitido tocar la integralidad del esquema partidario.

Debilitado por las guerras exteriores con ocasión de la belicosa I Guerra Mundial, el Zar Nicolás II enfrentaría presiones internas que acabarían con la monarquía rusa. El descontento generalizado inició con revueltas y la respuesta fue la orden de reprimir, pero el ejército ruso abnegaría a su Zar y uniría fuerzas contra él. Coetáneamente, las distintas fuerzas políticas, aún contrarias, se aliaron contra el zarismo. El 27 de febrero de 1917 se constituyó un gobierno provisional en Petrogrado – San Petersburgo – y Nicolás II abdicaría el 3 de marzo. El Gobierno provisional estaba formado por liberales burgueses y socialistas y la esperanza estaba puesta en un gobierno democrático.

Ciudadanos del Estado ruso:

Un gran acontecimiento se ha producido. El antiguo régimen ha sido derrocado gracias al poderoso impulso del pueblo ruso. Ha nacido una Rusia libre y nueva. Este gran derrocamiento corona numerosos años de combate

El acta promulgada el 17 de octubre de 1905 por la presión de las fuerzas populares sublevadas había prometido a Rusia libertades constitucionales. Estas promesas no fueron cumplidas. La Duma –portavoz de las esperanzas

populares– fue disuelta. La segunda Duma corrió la misma suerte. Incapaz de quebrantar la voluntad popular, el gobierno decidió, mediante el acta de 3 de junio de 1907, quitar al pueblo parte de sus derechos a participar en la obra legislativa, previamente concedidos. Durante nueve largos años fue privado progresivamente de los derechos que había conquistado. Una vez más el país se hundió en un abismo de absolutismo y arbitrariedad. Todos los intentos de hacer entrar en razón al gobierno fueron inútiles, y la gran conflagración mundial a la que el enemigo arrastró a la madre patria la sorprendió en un estado de degradación moral, de indiferencia por el futuro de la patria, ajeno al pueblo y hundido en la corrupción (Diario Izvestia. Declaración del Gobierno Provisional. 7 de marzo de 1917).

El Gobierno provisional reconoció libertades civiles, prometió una reforma agraria y en general estaba adoptando reformas. Pero en Moscú, donde las protestas también habían hecho eco, gobernaban los bolcheviques, liderados por Lenin. Gobernaban al mismo tiempo dos fuerzas. El 25 de octubre de 1917 se consumó la Revolución de Octubre, por la cual los bolcheviques tomaron el poder del Gobierno provisional. Muy pronto empezarían las presiones por realizar cambios, pero no serían exitosas y el descontento siguió. A ello se sumó la Guerra Civil, entre el ejército rojo, pro bolchevique, y el ejército blanco, la oposición compuesta por zaristas, mencheviques, de la cual estos no saldrían victoriosos. A la muerte de Lenin en 1924, la suerte estaba en determinar quién lo sucedería, emergiendo como todopoderoso el Secretario del Comité Central del Partido Comunista, Iosif Vissarioovich Dzhugashvili, más conocido como simplemente Stalin. Al final, este consolidaría el Estado Soviético, la U.R.S.S., mediante una dictadura, eliminando toda forma de disidencia y manifestación política mediante la represión: millones padecieron hambruna, trabajo forzado, ejecuciones y terror generalizado. La Rusia estalinista acabó con cualquier consideración acerca de la libertad de expresión.

Si pudiera pensarse en un derecho a libertad de expresión en la Rusia de hoy, este se podría concebir a partir del ascenso de Mijail Gorbachov.² Con él se intentó la recuperación económica y el establecimiento de garantías suficientes para la transparencia informativa, con las políticas de la perestroika y del glasnost. La U.R.S.S. estaba sumida en una profunda crisis económica que Gorbachov va a lidiar con políticas de reestructuración económica, apertura, transparencia, etc. De ello, el resultado sería, en materia de derechos humanos, una sociedad más abierta y esperanzada en garantías fundamentales: la glasnost se constituyó en un principio de libertad de expresión en la Rusia contemporánea. A partir de ella, la crítica y la disidencia, así como la información, desarrollan un papel determinante en el Estado, para el mantenimiento de su estabilidad. Por esto, rápidamente pudieron denunciarse los diversos problemas de la sociedad rusa, históricamente negados por los gobernantes.

Rápidamente, por el impulso de la perestroika, fue patente la apertura al modelo capitalista: la modernización del aparato industrial, la llegada de capitales extranjeros, la intercomunicación mundial, la modernización fiscal, etc., pero sin darse una apertura completa: las condiciones cambiaron en lo social con la llegada del capitalismo en su peor versión, la mafiosa. La cual generó un fenómeno nuevo la desigualdad social que se incrementa día a día de la mano de una élite privilegiada dominante, comandada por Vladimir Putin.

La glasnost, concomitante a la lucha que se haría en materia económica, tuvo como fin salir al paso de los reclamos de información, especialmente del incidente nuclear de Chernobyl. La glasnost tuvo como principios impulsar la apertura política, apreciar las bondades del pluripartidismo, informar y permitir el conocimiento de los asuntos públicos, una voluntad por eliminar la corrupción a través de la transparencia. El glasnost sentó las bases para que los ciudadanos dieran sus opiniones acerca de los asuntos de interés: es una cesión de las prerrogativas que se atribuía el gobierno.

² Se debe dejar constancia histórica de que el premier ruso Nikita Khrushchev intentó en vano una apertura hacia la libertad de expresión, pero fue derrocado por la derecha burocrática más conocida como la “nomenklatura” con la KGB a la cabeza.

Hay avances, pero no en la medida esperada. Se han constituido diversas organizaciones políticas dando apertura a espacios de debate público, en una espectacular muestra de la función instrumental de la libertad de expresión, y se han alcanzado niveles aceptables de discusión y opinión, pero persisten las dificultades para alcanzar esa libertad plena.

1.4 La cuestión en Latinoamérica

En la región latinoamericana, modernamente la libertad de expresión ha tenido algunas connotaciones definitorias.

América Latina ha desarrollado la idea de derechos humanos en complejos escenarios políticos represivos, porque durante la segunda mitad del siglo XX, es constante la inestabilidad social por cuenta de las dictaduras militares que accedieron al control los Estados.

Así sucedió en Uruguay, hacia los años sesenta, donde una reforma constitucional fortaleció la figura presidencial y permitió al entonces jefe del ejecutivo, Jorge Pacheco Areco, iniciar un proceso de concentración de poderes que derivaría en una dictadura. Durante el “pachequismo” se intensificó la represión a militantes políticos y sindicales de izquierda, y se combatió a los Tupamaros (Movimiento de Liberación Nacional que presionaba como guerrilla urbana para mejorar las condiciones sociales y económicas de la población). Pacheco combinó esta estrategia represiva con una política económica regresiva que eliminó las convenciones colectivas de trabajo.

En las elecciones de 1971, Juan María Bordaberry alcanzaría la presidencia, y más tarde en 1973 el Parlamento suspendió las garantías individuales, votó el estado de guerra interna, se desarticuló a los Tupamaros y se persiguió a toda forma de oposición política o sindical. Al poco tiempo, Bordaberry aliado con los militares, terminó por disolver el Parlamento y puso al país bajo su dictadura. Este golpe, que perduró hasta

1985, aplicó el terrorismo de Estado, censuró varios periódicos opositores, ilegalizó todas las expresiones políticas progresistas y dejó un saldo de miles de torturados, desaparecidos, secuestrados y exiliados (Garzón, 2016).

En el caso de Chile, hacia 1973 accedió al control político el General Augusto Pinochet mediante un golpe de Estado al Presidente Salvador Allende. La dictadura se prolongó alrededor de 17 años, en los cuales los militares se abrogaron la facultad de suspender las garantías humanas fundamentales, como los derechos a la asociación, a la reunión, a la libertad de expresión. El discurso militar estuvo precedido de una suerte de autolegitimación ante el “peligro” marxista, por los ánimos que suscitaba la Guerra Fría: solo las fuerzas armadas podrían “salvar” al país y al continente de la implacable invasión soviética.

Pinochet se esforzó en terminar cualquier clase de disidencia en Chile. Dispersó los centros de pensamiento como universidades, prohibió la marcha y la oposición popular, clausuró medios de comunicación, disolvió el Parlamento y de los partidos políticos y destruyó cualquier manifestación de los movimientos de izquierda. El gobierno militar, bajo esas lides contra el comunismo, se encargaría de establecer una política de represión de los derechos humanos mediante los decretos de estados de excepción y llevaría a un fenómeno de exclusión de la sociedad civil, debido a lo cual la vida política no ha madurado en Chile (Bertrán & Preller, 2003).

Resulta preponderante el papel que han tenido los Estados Unidos en la consolidación de los Estados represivos de segunda mitad del siglo XX. Afirmaciones de ese rol activo en la formación de esos gobiernos lo sostienen encumbrados personajes de nuestra América, como el escritor uruguayo Galeano (citado en LibreRed, 2011) y la periodista argentina Calloni (2002), entre otros, para quienes: “Estados Unidos ha sembrado al mundo de dictaduras militares” y que Norteamérica, a través de la CIA, esparció las semillas de la Operación Cóndor, “coordinando los servicios de inteligencia de los gobiernos dictatoriales del momento y posibilitando el intercambio de información y de prisioneros” (Abusleme, 2012).

En el caso chileno había que superar los escollos que se presentaban para las inversiones estadounidenses la explotación de las minas de cobre con las políticas nacionalistas implementadas por el Presidente Allende. En Chile, hoy día, persisten las dificultades hacia la cimentación de una noción firme de libertad de expresión, debido a los antecedentes normativos que dejó el pasado de represión. Esa es la lucha que sostiene Michelle Bachelet con el apoyo de los partidos Demócrata Cristiano (PDC) y del Radical Socialdemócrata (PRSD) convencidos de que, para la estabilidad democrática, es necesaria la libertad de expresión (Abusleme, 2012).

También en el caso argentino, es conocido el golpe de Estado que se haría en 1976 a la Presidenta Isabel Perón por una junta militar presidida por Rafael Videla. Ante las dificultades políticas y económicas emergentes padecidas en la Argentina en aquella época, una doctrina de Reorganización Nacional para restablecer el orden excusaría ese acto antidemocrático. A la asunción del poder, se generaría una empresa promovida por el Estado para cometer toda clase de ejecuciones y violaciones a los derechos humanos. No escaparía la libertad de expresión de ello y los partidos políticos serían prohibidos, la movilización popular limitada, la censura hecha política y un régimen de miedo se establecería. Pero llegarían los ochentas y se daría un viraje a la democracia, al llamar a elecciones cuando la junta militar perdía sus fuerzas ante la presión nacional e internacional. Las mellas de esta época aún son latentes, pues fueron muchos desaparecidos y ejecutados, pero el régimen opresivo no existe hoy: la democracia se construye con libertad de expresión (De los Santos, 2014).

Igualmente, en el Cono Sur, la participación del gobierno americano a través de la CIA en el proceso de reconfiguración de poderes surgido con el golpe militar fue patente. Hubo empatía de los regímenes con el gobierno de los Estados Unidos en la búsqueda exclusiva de mejores relaciones comerciales. Recientes documentos desclasificados de la CIA dan cuenta de un plan estratégico planeado para toda la región con el fin de consolidar gobiernos permisivos con las multinacionales norteamericanas y represivos con la disidencia política de izquierda.

No solo Uruguay, Chile y Argentina fueron víctimas de los intereses del país norteamericano, sino que figuran funestas historias de otros países de las Américas, como la de Guatemala, donde Jacobo Árbenz en 1954 fue sustituido por la dictadura militar represiva del Coronel Carlos Castillo Armas y decenas de miles de guatemaltecos fueron asesinados por las fuerzas militares fascistas y escuadrones de la muerte de extrema derecha en los años 1960, 1970 y 1980. También en Brasil: en 1964, João Goulart, cumplía su cuarto año como Presidente democrático y sus reformas socialistas llevaron a que la oposición derechista y las fuerzas armadas efectuaran un golpe de Estado en contra de éste, lo que desembocó en una dictadura militar de cerca de 20 años, caracterizada por el arresto y el asesinato de opositores de izquierda. También en Bolivia en 1971, se instauró la dictadura de Hugo Banzer, llena de detenidos, muertos y desaparecidos que se prolongó hasta 1977. Por último cabe mencionar a Perú donde en 1990, Alberto Fujimori fue otro de los dictadores que manchó de sangre la historia de Latinoamérica. Fujimori creó un grupo paramilitar que se encargó de asesinar a izquierdistas y personas ideológicamente identificados como marxistas, entre ellos a los miembros del Movimiento Revolucionario Túpac Amará. Como característica común de estas dictaduras esta la supresión de los derechos civiles, políticos y sociales (Suárez, 2010).

La libertad de expresión, de acuerdo a todo lo anterior, tiene tratamientos disímiles en muchos lugares, aun cuando la noción y el entendimiento como derecho fundamental son universales. Esas diferencias radican en los fines que persiguen las sociedades organizadas y los fundamentos que ponen sobre la libertad de expresión. Y en estas consideraciones, se toma la libertad de expresión para construir democracia, permitir el pluralismo y la participación social, por lo cual la libertad de expresión es una herramienta política.

CAPÍTULO II: LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN COLOMBIA

1. Libertad de expresión en Colombia

1.1 Reseña histórica

Un recuento de la libertad de expresión en este medio, es una cuestión aun por elaborarse. La literatura especializada ofrece varias ideas que se confunden con otro importante derecho fundamental: la libertad de prensa. Sin embargo, libertad de prensa y libertad de expresión, aun cuando se ligan de forma inseparable, son luchas distinguibles.

La América colonial recibió como forma de organización política la monarquía absoluta, reconociendo la soberanía de los reyes españoles, como bien se sabe. La incipiente organización apenas dio cuenta de los esfuerzos que se llevaban en Europa en procura de que se limitara el poder del soberano y se establecieran unas garantías mínimas, casi finalizando el siglo dieciocho. La divulgación de las declaraciones de Virginia de 1776 y la francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, provocó algunas manifestaciones que avivaron los ánimos independentistas y, sin duda, fundamentaron esas luchas. Gran recordación genera la divulgación de Antonio Nariño de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, lo cual le valió una condena de 10 años de prisión en África. En la Nueva Granada, siguiendo la dirección medieval, el monarca acapara todo el poder político y sin más establecía la censura.

A partir del periodo de independencia, las Constituciones estatales que se habían establecido reconocieron los derechos a la libertad de imprenta y expresión, aun con ciertas limitaciones que serían debatibles hoy, como autorización a las autoridades eclesiales para publicar temas salidos del dogma católico o temas considerados obscenos (Melo, 2004). Esto es fundamental para comprender la libertad de expresión en abstracto, porque en el ejercicio profesional del periodismo, durante gran parte del siglo

XIX, la situación fue de censura, inclusive impuesta por vía legal: las Constituciones, como ha sido su recorrido histórico-político, no serían sino cartas de buenas intenciones en sus inicios. No obstante, la burguesía se casa con la filosofía liberal y hacia mediados del siglo XIX se consideró que la libertad de prensa y expresión no tenían ninguna limitación, por el constante cambio de Cartas Políticas. Pero las condiciones políticas cambiarían hacia 1886. Bajo la consigna de La Regeneración, que buscaba eliminar la situación bélica que era el estado regular de vida, Rafael Núñez lideró la elaboración de la Constitución de 1886. Ya no sería el derecho a la libertad de prensa un asunto sin restricciones, sino que se haría valer la responsabilidad de su ejercicio como una prioridad.

La constitución reiteró el principio de la libertad de prensa, en tiempos de paz, pero señaló su responsabilidad “cuando atente contra la honra de las personas, el orden social o la tranquilidad pública”. Introducía así el camino para normas punitivas amplias, pero no llegaba al punto que deseaba Núñez, quien quedó muy descontentó, a pesar de que la constitución tenía un artículo transitorio, el K, que le daba al gobierno poder, mientras se expedía la ley de prensa, de prevenir y reprimir los abusos de prensa (Melo, 2004).

El contexto político que siguió a la Constitución Política de 1886, bajo el dominio del partido conservador y los dogmatismos de la religión Católica, no permitió que la libertad de prensa y expresión se desarrollaran. Efectivamente, con las facultades ejecutivas de censurar, se dieron las restricciones en los años siguientes. Sin embargo, desde aproximadamente 1909 y hasta 1948, la situación hizo un viraje hacia un periodo de crecimiento económico y de estabilidad del país, y se lograrían consolidar, hasta alcanzar gran reconocimiento (Melo, 2004). La libertad de prensa realmente se empezó a desarrollar a partir de la llegada de los gobiernos liberales desde 1930, lo cual fue abruptamente interrumpido luego de 1948, tras “El Bogotazo”: los gobiernos conservadores buscaron la clausura de los diarios liberales más influyentes (El Tiempo y El Espectador).

A más de lo anterior, la Constitución Política de 1886 se desarrolló bajo el resguardo de los regímenes excepcionales, en un permanente Estado de sitio que fue la condición normal de vida nacional a mediados y finales del siglo anterior.

[La] mutación [del Estado de sitio] hacia un estado "permanente" de anormalidad, con las consecuencias negativas que de esto se derivaban para el ejercicio y goce pleno de los derechos y las libertades de las personas; la sustitución, casi natural, del legislador ordinario por el legislador extraordinario; las intromisiones frecuentes en el poder judicial, especialmente con las alteraciones de las competencias judiciales, la modificación de los tipos penales y la sustitución de los jueces naturales por jueces extraordinarios, la mayoría de las veces por tribunales o cortes marciales; la pasividad del juez constitucional a la hora de ejercer el control constitucional, entre muchos otros, terminaron por llevar a la ruina a semejante figura, que concebida por el derecho constitucional para salvaguardar la integridad del propio texto superior, terminó convertida en su propia amenaza (Vanegas, 2011, p. 262).

Puede, entonces, comprenderse por qué la libertad de expresión no haya deslumbrado en Colombia durante la vigencia de la Carta de 1886, ya que la preservación del orden primó sobre el ejercicio de la libertad.

Las preocupaciones acerca de estas cuestiones fueron recogidas por el Constituyente de 1991. La Carta Política nueva consagró la libertad de información y de expresión en un mismo artículo, puso límites al ejercicio del poder para garantizar dichas prerrogativas y, vistas sus normas en forma sistemática, establecería mayores medidas de protección y límites a fin de salvaguardar otros derechos involucrados.

Se comprende, entonces, que la libertad de expresión es un derecho fundamental tratado, aun de antaño, en las Constituciones de la Nación, pero su importancia como gestora de fines democráticos solo será trascendental a partir de la Constitución de 1991,

cuando se valoró que su fulgurante poder sería necesario para la construcción de una sociedad más participativa y pluralista, uno de los propósitos del Nuevo Constituyente.

1.2 Marco normativo

En Colombia, el marco normativo que circunscribe al derecho a la libertad de expresión está dado por instrumentos internacionales como son, a saber, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos y por instrumentos locales como el artículo 20 de la Constitución.

Los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos tienen relevancia constitucional, según determinó la Corte Constitucional colombiana. El consenso de esta en varias decisiones se sustenta en que la intención del constituyente (artículo 93) al elevar a rango supremo aquellos tratados internacionales que versan sobre derechos humanos, formando un bloque con la Carta Política, que según lo preceptúa el artículo 4 es la norma de normas: la supremacía común de estas figuras forman un bloque de constitucionalidad. De esta manera, la Corte ha reconocido que los instrumentos mencionados son parte del sistema jurídico interno y tienen prevalencia suprema en la pirámide normativa.

Para el reconocimiento de los Derechos Humanos se destacan los siguientes tratados: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1961, 1963 y 1966), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), las Recomendaciones sobre la Educación para la Comprensión, la Cooperación y la Paz Internacional y la Educación Relativa a los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1974), la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos (1976), la Convención Sobre la Eliminación de Todas

las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984), la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), la Declaración Mundial sobre Educación Para Todos (1990), y el Protocolo Facultativo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía y la participación de estos en los Conflictos Armados (2000).

Todos ellos cobran relevancia si se les vincula a aquellos que la Carta de 1991 enumera, después de largos debates, como derechos del hombre. Someramente: Derecho a la vida (artículo 11), Derecho a la integridad personal (artículo 12), Derecho a la libertad, igualdad y no discriminación (artículo 13), Derecho a la personalidad jurídica (artículo 14), Derecho a la intimidad y buen nombre (artículo 15), Derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), Derecho a la libertad de conciencia, creencias, cultos y expresión (artículos 18, 19 y 20), Derecho a la honra (artículo 21), Derecho a la paz (artículo 22), Derecho de petición (artículo 23), Derecho a la libre circulación (artículo 24), Derecho al trabajo (artículo 25), Derecho al debido proceso (artículo 29), Derecho del habeas corpus (artículo 30), Derecho de asilo (artículo 36), Derechos de los niños y su primacía sobre los demás (artículo 44).

El principal e inmediato referente de la libertad de expresión en Colombia es la Constitución Política. Se ha reconocido el papel preponderante que ha tenido en la construcción de una sociedad justa. El artículo 20 establece:

Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir 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 a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura. (Constitución Política, 1991).

El marco constitucional no se agota con la declaración, ya decantada desde siglos, del derecho a la libertad de expresión. Muchos son los artículos que tocan filamentos esenciales de esa libertad.

En este sentido, el preámbulo se erige como basamento sobre el cual se estatuyen los valores y principios constitucionales, luchando por la consecución de un orden justo, democrático, participativo, basado en la igualdad, el conocimiento, la libertad y la convivencia, siendo claro que la libertad de expresión se torna como piedra angular del sistema democrático. Sobre la particular incidencia de la libertad de expresión, la Corte Constitucional ha acentuado que es un punto central en la democracia constitucional, porque “la vigencia del modelo democrático pasa obligatoriamente por la garantía que las personas podrán expresar de la manera más amplia posible sus opiniones, contrastarlas con otras y debatir intensamente sobre la mismas, sin otro límite que los derechos fundamentales de los demás. Debe protegerse, utilizándose el concepto desarrollado por la jurisprudencia estadounidense, la vigencia de un libre mercado de las ideas, en el que cada cual pueda difundir su pensamiento y recibir información con el propósito de poder formarse su propia opinión, incluso cuando la misma pudiese ser controversial o contestataria respecto a cánones sociales dados” (Corte Constitucional, C-452 de 2016). No son pocas las bondades que la libertad de expresión posibilita en el sistema democrático, porque ésta fundamentalmente se guía por la guarda de la diferencia, la protección de las minorías y la participación ciudadana. Ahora bien, el modelo del libre mercado de ideas, según lo da a entender la Corte, es el punto de énfasis de la comprensión norteamericana de la libertad de expresión.

Si se puede apreciar en su contenido el artículo 1º constitucional, de la organización del Estado, se entiende que batalla por la construcción de una República pluralista y participativa, que se asegura con la libertad de pensamiento y expresión: “[e]l carácter pluralista de la República (art. 1) exige que las más diversas visiones, puedan ser expresadas, difundidas y defendidas (...)”. El artículo 2º, al referir los fines esenciales del Estado, establece el de “(...) facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de

la Nación”, que debe tener correlación con la libertad de expresión por constituirse en el medio idóneo y más puro que asegure esa participación. Desde luego que en este estadio se comprende una dimensión política de la libertad de expresión, pues la participación ciudadana implica involucrarse en los asuntos que interesan a la sociedad organizada. La dimensión política no se agota tan pronto y la Corte Constitucional establece un catálogo de situaciones que la explican:

En su dimensión política, la libertad de expresión cumple numerosas funciones específicas: (i) el debate político amplio y abierto protegido por esta libertad informa y mejora la calidad de la elaboración de las políticas públicas, en la medida en que permite “la inclusión de todos los sectores de la sociedad en los procesos de comunicación, decisión y desarrollo” [21], inclusión que “es fundamental para que sus necesidades, opiniones e intereses sean contemplados en el diseño de políticas y en la toma de decisiones” [22], permitiendo así el ejercicio equitativo del derecho a la participación [23]; (ii) la libertad de expresión mantiene abiertos los canales para el cambio político, impidiendo mediante la crítica que los gobernantes se arraiguen indefinidamente en una postura ilegítima; (iii) una protección sólida de la libre comunicación de información e ideas previene los abusos gubernamentales de poder, al proporcionarles un contrapeso mediante la apertura de un canal para el ejercicio del poder ciudadano de participación y control de lo público [24]– en otras palabras, proporciona una oportunidad para la discusión de los asuntos de interés general, oportunidad que a su vez frena los riesgos de represión oficial; (iv) promueve la estabilidad sociopolítica, al proveer una válvula de escape para el disenso social y establecer, así, un marco para el manejo y procesamiento de conflictos que no amenaza con socavar la integridad de la sociedad [25]; (v) protege a las minorías políticas activas en un momento dado, impidiendo su silenciamiento por las fuerzas mayoritarias o prevalecientes; y (vi) a un nivel más básico, es una condición necesaria para asegurar la libre expresión de la opinión de los electores al depositar sus votos, optando por un representante político [26]. También se ha indicado que la libertad de expresión

(vii) contribuye a la formación de la opinión pública [27] sobre asuntos políticos y a la consolidación de un electorado debidamente informado, [28] dado que materializa el derecho de los ciudadanos a comprender los asuntos políticos y les permite, así, participar efectivamente en el funcionamiento de la democracia, (viii) haciendo efectivo el principio de autogobierno representativo por los ciudadanos mismos [29] y (viii) el de responsabilidad de los gobernantes ante el electorado [30], así como (ix) el principio de igualdad política.[31] Finalmente, se ha enfatizado que (x) la libertad de expresión fortalece la autonomía del individuo en tanto sujeto político dentro de un régimen democrático [32], y que (xi) al permitir la construcción de opinión, facilita el control social sobre el funcionamiento, no solo del sistema político, sino de la sociedad misma, incluyendo el ordenamiento jurídico y sus necesidades de evolución o modificación. [33] Desde esta perspectiva, pues, la principal finalidad de la libertad de expresión es la de profundizar la democracia [34]; se trata, según ha indicado la Corte Constitucional, de “un derecho básico y central para el modelo de sociedad sobre la cual se construye una democracia constitucional”. (Corte Constitucional, Sentencia C-452 de 2015).

Lo anterior significa que la libertad de expresión está imbricada con aspectos medulares de la organización política colombiana. Pero, a la libertad de expresión también se le reconoce la posibilidad cierta de constituirse en garantía de otros derechos fundamentales. En este sentido, el artículo 13, del derecho a la igualdad, se asegura cuando quien la ejerce puede lograr que el peso de su discurso se abstraiga de circunstancias particulares de su modo de vida: estar en igual posición que otra persona por la contundencia de la palabra. El artículo 16, acerca del libre desarrollo de la personalidad, se asegura con la potestad de expresar libremente las opiniones y recibir la información que se crea más conveniente de acuerdo a los intereses de vida. Frente a este derecho particular, y otros tantos, menester es referir que el Tribunal Constitucional ha admitido la posibilidad de proteger con más valía aquellos discursos que aseguran otros derechos fundamentales, como el discurso político, el religioso, el académico,

entre otros (Corte Constitucional, Sentencia T-391 de 2007). El artículo 18, que trata sobre el derecho a la libertad de conciencia, íntimamente ligado a la libertad de expresión, complementa la potestad del hombre de pensar y de dar a comunicar a otros sus pensamientos. El artículo 19, sobre la libertad de cultos, es sobre el cual la libertad de expresión incide en gran manera para asegurar que el discurso religioso, que se busca hacer extensivo a otras personas, se pueda difundir a los fieles.

Asimismo, los derechos fundamentales, según la teoría constitucional de los principios, se constituirían en límites al ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Así, el artículo 15, del derecho a la intimidad personal y familiar y al buen nombre, es un claro límite constitucional a la libertad de expresión, pues puede ser vejado cuando se usan expresiones injuriosas contra alguien. O la honra, que es otro derecho con grandes implicaciones en la libertad de expresión consagrada en el artículo 21, se constituye en un límite a la manifestación de las ideas acerca de alguien.

La Constitución define pues el alcance del derecho, pero no solo delimitando a la norma que lo contiene, sino de forma relacional con las demás normas y de forma especial con las de tratados internacionales.

2. El debate jurisprudencial en torno a la libertad de expresión

En la jurisprudencia constitucional colombiana hay acuerdo en torno a la significación del derecho a la libertad de expresión, pero a lo largo de sus interpretaciones jurídicas hay variaciones importantes que merecen exponerse. Tempranas decisiones a la creación del Tribunal Constitucional materializaban ya la importancia del derecho aludido y la solución a las tensiones que se generan con otros derechos fundamentales.

En la sentencia SU-056 de 1995, la Corte Constitucional compilaba la labor jurídica realizada hasta entonces. La remota conceptualización que tenía de la libertad de expresión no es muy distinta a sus decisiones más recientes: “En el artículo 20 de la

Constitución Política se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir sus pensamientos y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, es decir, se trata de una libertad que opera en doble vía, porque de un lado se reconoce la facultad de la libre expresión y difusión de las ideas, conocimientos, juicios u opiniones y de otro se proclama el derecho de acceder o recepcionar una información ajustada a la verdad objetiva y desprovista de toda deformación”.

Libertad de expresión y libertad de información se conciben como dos cosas distintas, aun cuando la norma del artículo 20 no los distingue bien: la primera es el derecho fundamental a expresar y difundir el pensamiento u opinión, que solo requiere de capacidad física y mental para asumirla: “La libertad de expresión tiene una concreción y manifestación efectivas en el derecho que tiene toda persona de plasmar ... la narración de sus experiencias, concepciones intelectuales y creaciones espirituales que pueden asumir la forma de obras literarias, artísticas, científicas y técnicas, y difundirlos o darlos a la publicidad”. Pero la libertad de información es el derecho a comunicar hechos o situaciones objetivas, las cuales deben ser veraces e imparciales: “El derecho a la *información* expresa la propensión innata del hombre hacia el conocimiento de los seres humanos con los cuales se interrelaciona y de su entorno físico, social, cultural y económico, lo cual le permite reflexionar, razonar sobre la realidad, adquirir experiencias, e incluso transmitir a terceros la información y el conocimiento recibidos”. (Corte Constitucional, Sentencia SU-056 de 1995).

Si algunos puntos de encuentro pueden haber naturalmente entre ambas garantías fundamentales, la Corte manifiesta que su diferencia radica en que la libertad de información exige “la existencia de una infraestructura material que sirva de soporte y haga posible la difusión masiva del pensamiento o la opinión”, como sería el caso de redes de comunicación, pero también hay diferencias en cuanto a las responsabilidades del ejercicio de la libertad de información, por su importancia en el sistema político (Corte Constitucional, Sentencia SU-056 de 1995). De modo que el criterio diferenciador de la Corte entre la libertad de expresión y la de información, cuando sea ambigua la distinción, es que la información se da a través de redes masivas de

comunicación, un juicio que se asocia a los profesionales de la prensa. Es un criterio muy etéreo pues entender cuál es esa infraestructura material es complejo, porque inclusive la Corte en la sentencia de unificación referida juzgó que la libertad de expresión se manifiesta por obras literarias, gráficas o filmicas, que podría pensarse que son medios apropiados para comunicar la información, y siendo así escapa de las responsabilidades comunes que se le imponen a la libertad de información, como son la veracidad e imparcialidad. Resultó importante que para la Corte, en todo caso, es imprescindible que la libertad de expresión se manifiesta donde intervenga la creatividad intelectual del autor, es decir, una suerte de juicio del contenido de la expresión para identificar cuando una manifestación es una opinión o una información: es un criterio de interpretación alternativo para identificar el derecho bajo el cual se ampara la persona que se manifiesta. Este criterio se afirma con otros casos juzgados por la Corte donde intervenían creaciones literarias y se juzgó su contenido para calificar que consistía en información de un círculo de personas, y no en opiniones, tal como fue en la sentencia T-293 de 1994.

Con todo, se llegó a adoptar un juicio que no resultaba muy conveniente a fin de distinguir las libertades de expresión y de información, una problemática incidente en la solución de los problemas jurídicos, sobre todo por las particulares responsabilidades que tiene el ejercicio del derecho a la libertad de información. Pero se confronta que el juicio no fue aplicado en estricto rigor, acudiéndose a otro sobre el contenido con sujeción a las definiciones de opinión y de información.

Inicialmente la Corte, como era de esperarse, no tuvo como derechos absolutos a las libertades de expresión y de información, sometiéndolos en principio a los derechos a la honra y el buen nombre, pero es particular que reconociera la supremacía de estos sobre aquellas libertades como regla universal. Más recientemente, en la sentencia T-391 de 2007, que es la más completa sobre el tema, y la C-442 de 2011, la Corte definió que la libertad de expresión tenía un papel angular en la construcción de la sociedad y por eso se decidió por realizar un test de proporcionalidad en cada caso concreto para definir qué derecho debe ceder su cumplimiento sobre otro.

Un poco de las confusiones conceptuales que trae el artículo 20 constitucional y de la naturaleza restringida de la libertad de expresión pudo verse en alguna sentencia de la Corte. En C-087 de 1998, referente al estudio de constitucionalidad de la ley regulatoria de la profesión del periodista, estableció la Corte que el ejercicio del derecho a la opinión – o libertad de expresión – y de la libertad de información implican riesgos, como toda actividad humana. Pero entre los riesgos generados y el efectivo ejercicio de los derechos, la organización democrática privilegia este: “Entre el eventual daño social que pudiera seguirse de una información inadecuada, consecuencia de la libertad de informar, y la restricción general de ésta para precaverlo, la sociedad democrática prefiere afrontar el riesgo del primero”. La Corte privilegiaría con ello una posición ilimitada del ejercicio de las garantías fundamentales estudiadas, como unos derechos absolutos: “Y es que no hay duda de que impedirle a alguien que opine o informe habitualmente (“en forma permanente”, dice la ley), oponiéndole su incompetencia intelectual para hacerlo, es una modalidad de censura, así se la maquille con razones de conveniencia, incompatible con un sistema democrático y específicamente con una Constitución como la colombiana (...)”. Por las mismas razones anteriores, dice la Corte que las actividades de opinar e informar las puede ejercer cualquier persona, en razón a que son derechos fundamentales e imprescindibles en la democracia y por eso si bien en principio son conceptualmente diferentes, tienen igual tratamiento irrestricto: sin duda lo anterior no es más que confusión conceptual y una negación de las restricciones constitucionalmente establecidas. Estas ligerezas de la sentencia fueron advertidas mediante la aclaración de voto del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz inmediatamente se siguió a la sentencia, aclarando que tanto la Constitución como los tratados internacionales fijan parámetros de limitación realmente válidos, no pudiendo entronizarse unos derechos absolutos. También fue precisada que la jurisprudencia se ha esforzado por tratar de forma diferente las prerrogativas amalgamadas del artículo 20 constitucional.

En la sentencia T-104 de 1996, la Corte Constitucional reiteró su jurisprudencia y estableció que la libertad de expresión tiene dos garantías intrínsecas: la primera

consiste en proyectar el intelecto, que por ser propio de la persona, escapa del control del derecho, es una libertad absoluta. La segunda, difundir esa creación intelectual a un número de personas, garantía restringida que puede encontrar límites cuando choca con los derechos de otras personas. En el ámbito privado, como es natural, no habría inconveniente en hacer que el pensamiento tenga dedicación a los más variados temas, pero cuando ello se va a expresar tiene que haber una cierta prevención a no vulnerar los límites admisibles. Estas consideraciones devienen como consecuencia de reconocer el derecho a la libertad de pensamiento, recogido de los tratados internacionales de derechos humanos. Así que la cuestión incidental y desafortunada acerca de si la libertad de expresión es absoluta, como parecía que se encaminaba la Corte, no tuvo acogida y reafirmó sus decisiones antecedentes.

La decisión más completa acerca de la libertad de expresión es la sentencia T-391 de 2007. La Corte reflexiona sobre once elementos normativos de la libertad de expresión, todas las cuales van envueltas en el artículo 20 de la Constitución:

- (a) La libertad de expresar y difundir el propio pensamiento, opiniones, informaciones e ideas, sin limitación de fronteras y a través de cualquier medio de expresión –sea oral, escrito, impreso, artístico, simbólico, electrónico u otro de elección de quien se expresa-, y el derecho a no ser molestado por ellas. Esta libertad fundamental constituye la libertad de expresión stricto sensu, y tiene una doble dimensión – la de quien se expresa, y la de los receptores del mensaje que se está expresando.
- (b) La libertad de buscar o investigar información sobre hechos, ideas y opiniones de toda índole, que junto con la libertad de informar y la de recibir información, configura la llamada libertad de información.
- (c) La libertad de informar, que cobija tanto información sobre hechos como información sobre ideas y opiniones de todo tipo, a través de cualquier medio de expresión; junto con la libertad de buscar información y la libertad de recibirla, configura la llamada libertad de información.
- (d) La libertad y el derecho a recibir información veraz e imparcial sobre hechos, así como sobre ideas y opiniones de toda índole, por cualquier medio de expresión.

Junto con los anteriores elementos, configura la libertad de información. (e) La libertad de fundar medios masivos de comunicación. (f) La libertad de prensa, o libertad de funcionamiento dichos medios masivos de comunicación, con la consiguiente responsabilidad social. (g) El derecho a la rectificación en condiciones de equidad. (h) La prohibición de la censura, cualificada y precisada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (i) La prohibición de la propaganda de la guerra y la apología del odio, la violencia y el delito, cualificada y precisada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, (j) La prohibición de la pornografía infantil, y (k) La prohibición de la instigación pública y directa al genocidio.

Toda la fuerza que lleva ínsita la libre manifestación de las ideas es el resultado de un Estado democrático comprometido con la pluralidad. Por eso, la Corte da a la libertad de expresión un papel preponderante dentro del ordenamiento jurídico, como lo han hecho otros Estados. Las razones para darle ese privilegio son, para la Corte, “(1) consideraciones filosóficas sobre la búsqueda de la verdad, (2) razones derivadas del funcionamiento de las democracias, (3) motivos atinentes a la dignidad y autorrealización individual, (4) consideraciones sobre la preservación y aumento del patrimonio cultural y científico de la sociedad, y (5) motivos históricos y consideraciones prácticas sobre la incapacidad estatal de intervenir apropiadamente en esta esfera” (Corte Constitucional, Sentencia T – 391 de 2007). Y estas consideraciones no resultan vacuas porque traen consecuencias prácticas plausibles. Una de ellas, la presunción de primacía sobre otros derechos, resulta paradigmática en la jurisprudencia constitucional: las más primigenias decisiones decantaron hacia un mayor peso en la balanza de los derechos opuestos a la libertad de expresión; ahora, la libertad de expresión, por su peso en la sociedad, tiene en principio mayor preponderancia que aquellos que se le opongan, aunque no se excluye que en casos en que deba ceder su cumplimiento se haga un test de proporcionalidad, muy estricto por demás. Otras consecuencias que vienen de la importancia de la libertad de expresión consisten en presunciones de sospecha sobre la actividad de las autoridades públicas, es decir, se

presume que las regulaciones de las autoridades en materia de libertad de expresión son inconstitucionales.

En el análisis conceptual de la libertad de expresión es apreciable la claridad acerca de la naturaleza individual y colectiva de la libertad de expresión, en tanto derecho individual a manifestar los pensamientos, opiniones y expresiones libremente y poder difundirlos sin limitación arbitraria. Pero si bien se ha hecho énfasis en el emisor por la dignidad de que está investido, lo cierto es que el receptor también tiene unos derechos, que hasta ahora eran conocidos pero no se le daba mayor trascendencia: “El interés del receptor de un acto comunicativo también puede apreciarse desde la dimensión colectiva de la libertad de expresión, consistente en el derecho de toda persona a recibir o conocer informaciones, opiniones, ideas y pensamientos, dimensión que debe ser garantizada simultáneamente con la del individuo que se expresa. En una democracia, los intereses de los que reciben el influjo de distintas expresiones son primordiales, puesto que de ello depende la formación de sus preferencias como ciudadanos” (Corte Constitucional, Sentencia T-391 de 2007). Igual protección merece el receptor de la información, siendo inclusive una esfera de protección más rígida. Así para la Corte el receptor de la información merece que esta sea veraz, imparcial y respetuosa de los derechos a la intimidad y al buen nombre, pero el receptor de las opiniones no puede exigir el cumplimiento de esas obligaciones porque las “opiniones equivocadas y parcializadas gozan de la misma protección constitucional que las acertadas y ecuánimes” (Corte Constitucional, Sentencia T-391 de 2007). El fundamento de esta diferencia radica en que la información es una condición necesaria para la participación política y la toma de decisiones de las personas.

En este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estable dos dimensiones de protección de la libertad de expresión, la individual y la social, la cual es retomada por la Corte constitucional en la sentencia T-391 de 2007 (Cárdenas & Lozano, 2012).

El mismo Tribunal Interamericano ha establecido la importancia del derecho a la libertad de expresión en diversas perspectivas, las cuales se han compilado en una función triádica: la primera función consiste en la libertad de buscar y recibir información, porque “una sociedad que no está bien informada, no es plenamente libre” (Citado en Corte IDH, OC – 5 de 1985, párr. 70); la segunda consiste en el papel preponderante de la libertad de expresión para el afianzamiento de la democracia, lo cual lleva a la construcción de una sociedad pluralista, tolerante y abierta; y la tercera función se refiere a que la libertad de expresión es la garantía para el ejercicio de otros derechos humanos, la cual se ha denominado como función instrumental (Cárdenas & Lozano, 2012).

La sentencia T-391 de 2007 también establece las limitaciones que normativamente se han establecido cuando la libertad de expresión debe ceder. Si bien se precisa que los instrumentos de derechos humanos establecen algunos parámetros de restricción – y que resumidamente son “la protección de los derechos de los demás, la protección de la seguridad y el orden público, la protección de la salud pública y la protección de la moral pública” – la Corte en esa misma sentencia exige que se haga un test de proporcionalidad a fin de valorar si la libertad de expresión debe ceder a esos límites que, no son más que principios constitucionalmente aceptables:

El marco general de las limitaciones admisibles a la libertad de expresión, lo proveen los artículos 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que orientan la interpretación del artículo 20 de la Carta y demás normas concordantes. Una lectura detenida de estas disposiciones revela que las limitaciones a las libertades de expresión (en sentido estricto), información y prensa, para ser constitucionales, deben cumplir con los siguientes requisitos básicos: (1) estar previstas de manera precisa y taxativa por la ley, (2) perseguir el logro de ciertas finalidades imperiosas, (3) ser necesarias para el logro de dichas finalidades, (4) ser posteriores y no previas a la expresión, (5) no constituir censura en ninguna de sus formas, lo cual incluye el requisito de guardar neutralidad frente al

contenido de la expresión que se limita, y (6) no incidir de manera excesiva en el ejercicio de este derecho fundamental (Corte Constitucional, Sentencia T-391 de 2007).

Prácticamente las decisiones posteriores a la sentencia T-391 de 2007 se han limitado a reiterarla, porque constituye la más completa y estudiada decisión. Esto es confirmación de lo pacífico que, en general, ha sido el desarrollo de la temática en la Corte Constitucional. Así, las sentencias T-263 de 2010, C-442 de 2011, C-592 de 2012, T-110 de 2015, entre muchas otras, reafirman lo anterior.

Corolario del desarrollo jurisprudencial es que la Corte Constitucional ha dado un espectacular progreso del derecho a la libertad de expresión a través de sus sentencias. De una básica interpretación inicial se ha llegado a especializar el contenido, volviendo materia de ineludible estudio para los profesionales de la comunicación, para autoridades públicas y personas en general, los sujetos del derecho. Se aprecia una intención de expandir las garantías de la libertad de expresión a través de la interpretación sistemática de las normas constitucionales y los tratados internacionales de derechos humanos. Prácticamente todo el proceso del ejercicio de la libertad de expresión está protegido, desde el pensamiento hasta la difusión efectiva a sus receptores. Ahora bien, esta encumbrada jurisprudencia, en los últimos tiempos ha sido reiterada para resolver cuestiones contemporáneas en donde colisionan con los derechos a la honra y al buen nombre, un punto donde la Corte se ha esforzado en varias decisiones a fin de mantener un equilibrio, pero, en todo caso, resueltas a favor de la libertad de expresión en mayor medida.

CAPÍTULO III: LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

1. La sociedad de la información

El surgimiento de la era de la información en nuestra sociedad no es algo fortuito, sino lleno de paradigmas: la sociedad de la información es totalmente disímil a las que precedieron a través de la historia, porque toma como eje fundamental la información, y a través de esta se condicionan sus características.

La información es indispensable para la realización de la vida, por eso siempre ha sido necesaria para cualquier tipo de relación humana, desde tiempos remotos cuando era oral, invariable, transmitida de generación en generación, hasta donde es un imperativo de vida, en la sociedad de la información, pues se han forjado niveles elevados de ella para que las personas realicen su trabajo, para su formación académica, para la toma de decisiones, para el direccionamiento de las relaciones sociales, etc. (Rendón, 2001).

El mundo de hoy dispone de una gran cantidad de datos, localizables en cualquier lugar y en cualquier momento, que han llevado a la eliminación de barreras o fronteras. La información determina las formas recientes de vida, “es la que marca la pauta para seguirla y se convierte en el elemento unificador de la sociedad contemporánea” (Rendón, 2001, p. 14). Se comprende que, a partir de la información, las sociedades han transformado sus hábitos de vida, un proceso que algunos llaman “de átomos a bits: Un bit no tiene color, tamaño ni peso y viaja a la velocidad de la luz lo que permite que la información se transmita de forma increíblemente rápida de un lugar a otro del mundo. Evidentemente no todo es transformable a bits] (el vestido, la comida...) sin embargo, cuando por ejemplo, las industrias se plantean el papel que habrán de jugar en ese mundo digital, deberían tener en cuenta que su futuro estará ampliamente condicionado por las posibilidades que tengan sus productos o servicios de presentarse en forma digital” (Olvera, 2000, p. 130).

El concepto de sociedad de la información se empezó a utilizar en los años sesenta del siglo pasado, sin que se pueda precisar quién lo hizo primeramente (Estudillo, 2001), pero sin duda la popularidad del término se adjudica al profesor estadounidense Fritz Machlup. El concepto se quiso evidenciar cuando la vieja sociedad industrial empezó a hacer virajes: el proceso industrial dejaba de gozar de la importancia económica, que empezaba a tenerla la información, como factor de producción y como producto. La sociedad de la información es, entonces, el paradigma subsiguiente a la sociedad industrial. Por el paradigma de la sociedad industrial las economías producen bienes y servicios a través de métodos inalterables, determinados en un tiempo y lugar. Pero por la sociedad de la información acaso se eliminan las barreras de espacio y tiempo para la producción de informaciones (Universidad Nacional de San Juan, s.f).

Lo cierto de todo es que la sociedad de la información se entiende como una de cultura informativa: hoy, como nunca, el individuo se ve relacionado con muchas fuentes de información y, a la postre, su necesidad es la de estar enterado de la realidad, de los nuevos saberes, de las necesidades de la economía liberal, etc. En ese trayecto de la noción en los últimos cincuenta años, muchos autores también identifican a la sociedad contemporánea como la sociedad del conocimiento, queriendo significar lo mismo. Sin embargo, se debe tener presente que la información y el conocimiento no son asimilables, porque entre una y otra media un campo complejo de análisis y de estudio. Más allá de todo esto, debe precisarse que la cuestión de la sociedad de la información es una creación para entender la historia y definir el presente, pero su uso más abultado se le han dado los gobiernos como un asunto programático de especial atención que merece la realización de proyectos para impulsar sus economías aprovechando la facilidad que ofrecen las comunicaciones. Aun así, innegable es una nueva realidad a partir de la información (Rendón, 2001).

La sociedad de la información, caracterizada como tal, puede definirse como “el conjunto de relaciones sociales en un espacio social (institucionalidad) altamente dinámico, abierto, globalizado y tecnologizado, que se apoyan y realizan a través de la

información; la cual es igualmente dinámica, abierta, globalizada, tecnologizada además de mercantilizada.

“Es así que los individuos para existir deben ser receptores, transmisores, consumidores, y una elite, creadores de ese tipo de información. Dicho espacio social aparece en una etapa del desarrollo de la sociedad debido al aumento de la complejidad en sus estructuras, funcionamiento y reproducción de éstas” (Rendón, 2001).

Lo que es la sociedad de la información es posible por las implicaciones que ha significado Internet, que es la plataforma de circulación de información, aunque de esa noción de sociedad se empezó a hablar más anticipadamente que la red interna, que solo ha tenido apologetica en los últimos 20 años. Internet es “la autopista de la información”, es la vía “para la publicación, difusión e intercambio de datos. La red ha creado un entorno totalmente innovador para la búsqueda de información y su gran versatilidad ha generado múltiples usos”, para el trabajo, el comercio, la política, la academia, etc. (Olvera, 2000).

“(…) Internet [es] una red global de datos específica, basada en la familia de protocolos TCP/IP, que inició en Estados Unidos en los años setenta a partir de Arpanet, y que gestiona un espacio global único de direcciones, basados en el protocolo IP. A esta red han ido conectándose más y más terminales, hasta constituir una red de alcance universal, que se utiliza como medio de transporte para diversos servicios, de los que los más populares son el servicio de mensajería e-mail (o correo electrónico y el servicio de información World Wide Web (WWW)” (Fundación Telefónica, s.f)

Pero más concretamente, Internet, en los términos descritos, es la infraestructura que ha impulsado la sociedad de la información, porque permite el acceso casi que ilimitado a casi cualquier posibilidad, recortando distancias y tiempos y transformando los hábitos de vida, las relaciones personales, los intercambios comerciales, las formas

de trabajo y cualquier otra clase de relación social de las personas. Y es precisamente en este lugar donde se reclaman libertades ilimitadas para las personas, con las posibilidades que ella ofrece, con el propósito de escapar a la regulación de los Estados y propender porque este tenga la forma de un promotor que llegue a las más remotas poblaciones de a Tierra.

El intercambio de información que ofrece la sociedad de la información no es, en sí, totalmente una cuestión benévola. Las transformaciones sociales tienen ventajas incalculables, pero también tienen costos. Internet es el lugar de la difusión de información de odio, del terrorismo, de desigualdades, de la alteración de las identidades, del fraude, de los hurtos, de la violación de la intimidad, de la arremetida a la honra y al buen nombre, de la profanación de la dignidad humana, porque sus potencialidades se disponen sin privilegiar clase alguna de datos, es decir, no hay filtros para valorar qué es socialmente bueno o qué es socialmente malo. Desde luego, no podría ser la solución a estos inconvenientes la limitación del Internet, pero es una materia de la cual han venido preocupándose los gobiernos, por las implicaciones económicas y jurídicas que ellas conllevan.

El desarrollo de Internet ha permitido que las sociedades modernas se estructuren con base a las redes sociales, lo cual quiere decir que “se está produciendo una nueva revolución sociotecnológica en Internet: la irrupción de redes sociales donde ya están representadas todas las actividades humanas, que incluyen relaciones personales, negocios, trabajo, cultura, comunicación, movimientos sociales y política” (Castells, 2014).

2. La jurisprudencia sobre el tema

La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, como ya se puede vislumbrar, no ha sido ajena a regular, mediante los principios constitucionales, las interacciones sociales que se llevan a cabo a través de Internet, teniendo en cuenta que

por excelencia, las relaciones interpersonales virtuales se llevan a cabo en las redes sociales y en estas se privilegia la difusión de contenidos de opinión.

En sentencia T-550 de 2012, la Corte estableció, como podría anticiparse, que la libertad de expresión también opera en estos circuitos, pero lo que, bajo la égida de esa libertad, se haga en las redes, debe respetar el orden jurídico y los derechos ajenos, situación que no es nueva si se tiene en cuenta que como principio universal del derecho opera esta limitación. Sí resulta importante que, para la Corte, la libertad de expresión por medios virtuales puede lesionar derechos fundamentales ajenos, como sucede igualmente cuando es ejercido por cualquier otro canal de comunicación. “[L]a libertad de expresión se aplica en Internet del mismo modo que en otros medios de comunicación, concluyéndose que las redes sociales no pueden garantizar un lugar para la difamación, el denuedo, la grosería, la falta de decoro y la descalificación. Ciertamente, ningún fundamento se deriva del artículo 20 de la Constitución, ni de la normativa internacional, ni de precepto alguno que, al margen de la veracidad, valide la divulgación de agravios, improperios, vejámenes ni infundios por cualquier clase de medio de comunicación” (Corte Constitucional, Sentencia T-550 de 2016).

En la sentencia T-277 de 2015, resultan interesantes los planteamientos de la Corte. Primeramente, se reconoce que la sociedad de la información, en tanto paradigma social ha transformado la forma como se ejerce la libertad de expresión. Pero seguidamente se recalcan las dificultades que esa autopista libre, pluralista y descentralizada, que es Internet, ha generado para los Estados y las sociedades, las cuales tienen, por lo menos en una parte, interés de ciertos actores internacionales por hacerle frente, como se desprende de los recientes esfuerzos que, en el tema de redes sociales, han adelantado para adoptar diversos documentos orientadores en esta situación, como la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet. El contenido de estas declaraciones resulta importante para los gobiernos que sojuzgan la aplicación de las normas, principios y valores jurídicos incluyendo Internet. Y en aquella declaración se consagran dos principios fundamentales, como son el de neutralidad, por el cual “(e)l tratamiento de los datos y el tráfico de Internet no debe ser

objeto de ningún tipo de discriminación en función de factores como dispositivos, contenido, autor, origen y/o destino del material, servicio o aplicación” (OEA, 2011), para resguardar la igualdad de la red y el de responsabilidad de los prestadores del servicio de Internet.

En sentencia T-050 de 2016, la Corte es reiterativa en sus pronunciamientos, pero hace especial énfasis en la garantía de derechos al buen nombre, la intimidad y la honra en la red social de Facebook. Para la Corte, la sociedad de la información representa beneficios y desafíos para todos los actores de una sociedad. En el caso de esas dificultades, la red social Facebook implica un grado elevado de vulnerabilidad para la intimidad, el buen nombre y la honra de las personas, por la eventualidad de acceder a informaciones reservadas y difundir información falsa. Pero lo que no es claro, si además se tiene en cuenta que para la Corte la red social tiene gran potencialidad “(...) para comunicar, divulgar, difundir y compartir información, gracias a potentes herramientas para su intercambio, análisis y procesamiento (...)” es el tratamiento que debe darse a las amenazas, es decir, si como información o si como libertad de expresión, porque la conclusión a la que llegó fue que allí operaba la libertad de expresión, pero el planteamiento pudo dirigirse hacia la libertad de información, cuestiones diferenciadas.

Así, lo que la sociedad de la información ha generado en las interacciones sociales, no es ajeno al derecho y en esa dirección van las decisiones de la Corte Constitucional. Y en ese rumbo tomado, las grandes preocupaciones son el tratamiento que merecen algunas garantías fundamentales, por las constantes tensiones de principios que se generan. Por eso, la reciente jurisprudencia ha sentado posición frente a los sucesos virtuales, importando especialmente los vejámenes, insultos o madrazos.

3. El madrazo

Como lugar propio de interacción, de establecimiento de nuevas relaciones humanas, y como plataforma contentiva y difusora de ingentes cantidades de datos,

como puede ser predecible, Internet es el lugar para que gran parte sea dedicado a mensajes que pueden ser calificados de ofensivos para las personas. Internet es el escenario propicio para la ofensa.

En Colombia es popular la fórmula de “mentarle la madre” a alguien para referir que va a ser insultado, y esas locuciones ofensivas pasan, en la mayoría de los casos, recurriendo a la progenitora del ofendido. Ese insulto es un madrazo (asihablamos.com). El madrazo tiene entonces sinonimia en el insulto, porque infringe la integridad moral del insultado, muy a pesar de su madre (asihablamos.com). Y bien se ha considerado la inexistencia de un derecho a insultar o a madrear, pues se consideran lesivos de materias de relevancia constitucional como lo son los derechos fundamentales a la honra y al buen nombre, el estado actual de las cosas no permitiría que tal aserto sea una fórmula totalmente superada.

Tradicionalmente se han privilegiado las tesis que prohíjan el anómalo derecho aduciéndose que su esfera de acción se reboza y se extiende a campos donde no es permitida, es decir, se afectan garantías fundamentales de personas que encuentran afligido el respeto a su dignidad. Pero cuestiones de importancia personal y social, como lo son los fundamentos de la libertad de expresión, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de pensamiento, la libre discusión, la búsqueda de la verdad, hacen que un madrazo tenga una significancia mayor que la que se podría considerar si solo se atendiera el valor literal de las palabras. Desde luego no será un fin de las sociedades organizadas procurar que sus ciudadanos afecten a otras personas en sus derechos fundamentales, pero madrear es hasta la más común de las respuestas ante el enojo, la dificultad, el esfuerzo, el reconocimiento de algo, el reclamo y el furor de las pasiones: es un acto impulsivo y el esfuerzo por controlar su usanza es una cuestión quimérica. Al margen de las apreciaciones morales sobre la benevolencia o perversidad que expresiones ofensivas puedan tener para el desarrollo de las relaciones sociales, o una defensa a ultranza de la libertad de expresión, lo cierto es que es apenas una arista de las tantas que trascienden en la sociedad de la información.

Lo cierto es que un madrazo es una situación indeseable para cualquier persona receptora, por el riesgo de afectación a su dignidad, pero no por ello es per se inconstitucional o una cuestión jurídicamente condenable, porque, por lo dicho, encuentra espacio en el núcleo fundamental de la libertad de expresión: es aquello que por indeseable lo convierte en materia constitucional, ya que aquello que no se quiere escuchar es lo que se protege por las normas.

Y si bien madrear a través del Internet, o la autopista de la información, o bien hacerlo en la esfera privada o incluso en la pública sin la cooperación de los instrumentos de la información, puede no ser sustancialmente diferente por el tipo de canal que se haga, porque el madrazo es al cabo el mismo, sí es diferente la difusión que se propende, porque lo que se hace a través de la red, se procura publicar con mayor proyección de superación de fronteras. Lo que se hace privadamente, como lo interpretó la Corte Constitucional, y aun por definición del derecho, que no se ocupa de las cuestiones que tocan lo subjetivo de las personas, pertenece a la libertad de pensamiento. Y lo que se hace públicamente pero sin medios tiene una propagación limitada.

La sociedad de la información es, entonces, la vía apropiada que privilegia a la libertad de expresión para que despliegue todas sus luces y todas sus sombras: la red es el camino, basado en la libertad y en la igualdad de acceso y difusión de los datos, que permite esa actividad irrestricta de la libertad del pensamiento. Y ello incluye la posibilidad de madrear a cualquier persona, porque, como fue visto, la libertad de expresión tiene un gran espectro de protección que abarca aquellas manifestaciones que dicen lo que las personas no quieren que se diga, con el tono y las palabras que su autor considere más apropiadas o, en palabras de la jurisprudencia, “la libertad constitucional protege tanto las expresiones socialmente aceptadas como las que son inusuales, alternativas o diversas, lo cual incluye las expresiones ofensivas, chocantes, impactantes, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, ya que la libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su tono” (Corte Constitucional, Sentencia C-442 de

2011). Y la cuestión se ve reforzada debido a que, para la Corte Constitucional, en principio cualquier manifestación que se haga, por la importancia fundamental que tiene como principio de la democracia, tiene la balanza a favor de ceñirse a la legalidad.

Lo que plantea la cuestión de madrear a través de las redes de comunicación supone un conflicto de principios constitucionales, entre lo que es la libertad de expresión y la honra y el buen nombre de la persona. Si bien, como se refirió precedentemente, dicha pugna se la llevaba la protección de estos últimos principios, como lo entendía inicialmente la Corte Constitucional en sus decisiones, se puede concluir que la reciente jurisprudencia ha mostrado la tendencia a proteger la libertad de expresión por la idea de consolidación democrática que lleva ínsita (Corte Constitucional, Sentencia T-391 de 2007). Y si puede entenderse como una actividad jurídica progresista de protección a ese derecho, ello no significa que no plantee discusiones como cuando se enfrenta a otros derechos. Ahora bien, resulta patente identificar un madrazo como forma de libertad de expresión, pero no dentro de la libertad de información porque el insulto es una opinión, que bien puede sustentarse a través de los hechos o no, y en este sentido debe valorarse como forma excluida de la libertad de información.

Si el madrazo, como forma de ejercer la libertad de expresión, plantea estas dificultades a nivel constitucional, la situación no es mejor en otros escenarios jurídicos donde puede tener importancia. Los artículos 220 y 221 del Código Penal colombiano propenden por la protección de los bienes jurídicos de la honra y el buen nombre. El estudio de la incidencia de esas normas sobre la libertad de expresión fue realizado por la Corte Constitucional en sentencia C-442 de 2011 y en la cual se definió el buen nombre como “la reputación de la persona, es decir, a la apreciación que la sociedad emite de la persona por su comportamiento en ámbitos públicos (...) se refiere a la apreciación que se otorga a la persona por asuntos relacionales” y a la honra como “la apreciación de la sociedad hacia una persona, a partir de su propia personalidad y comportamientos privados directamente ligados con ella”. Por tanto, son derechos cuya afectación es muy probable con alguna clase de expresiones. Y aunque la decisión de la

Corte fue mantener su vigencia en el ordenamiento jurídico, no desconoce que la tendencia actual de los defensores de los derechos, pasa por solicitar que desaparezcan las medidas penales para no limitar la libertad de expresión, manteniendo otras medidas como las civiles. Lo relevante del caso, es al fin y al cabo, que los supuestos de hecho penales tienen una configuración muy restrictiva que no hacen fácilmente que una conducta pase como categoría delictiva. Esa dificultad está en la acreditación de la afectación de los bienes jurídicos, lo cual es un problema estructural, de la antijuridicidad como categoría dogmática y difícilmente puede juzgarse que un madrazo tiene esa entidad de afectación, visto que el entendimiento constitucional acepta que “no todo ataque a la moral de una persona constituye injuria [o calumnia], sino sólo aquellos con capacidad real de socavarla. (...) Desde esa perspectiva tiene dicho que no toda opinión o manifestación causante de desazón, pesadumbre o molestias al amor propio puede calificarse de deshonrosa, para ello es necesario que ostente la capacidad de producir daño en el patrimonio moral, y su gravedad no dependerá del efecto o la sensación que produzca en el ánimo del ofendido, ni del entendimiento que éste le dé, sino de la ponderación objetiva que de ella haga el juez de cara al núcleo esencial del derecho” (Corte Constitucional, Sentencia C-442 de 2011).

Lo anterior muestra las dificultades que plantean las consideraciones actuales sobre la libertad de expresión. Ahora bien, un madrazo bajo el amparo de la libertad de expresión desde luego tendrá una carga teleológica, si se tienen en cuenta los fines de dicha libertad, porque la declaración vacía de simples palabras denigrantes, deshonrosas, tachadas como propias del vulgo, no tienen trascendencia alguna con lo que la libertad de expresión quiere lograr en las sociedades democráticas. Se trata, entonces, de las implicaciones que se generan en la política, en la protesta, en el reclamo, en el deporte, *donde el madrazo es una forma ya asentada de expresarse, porque el madrazo por madrear, por zaherir, por ofender la dignidad, solo son formas propias de la violencia. Si se quisiera juzgar la afectación en abstracto de un madrazo, cualquiera que sea, muy seguramente quien lo juzgue encuentre que la cuestión ofensiva sí afecta derechos ajenos. Pero lo cierto es que cualquier concepto, noción, entendimiento, comprensión de las cosas y de las personas, con fundamento no deben ser esquivas a las críticas, porque*

allí también opera la libertad de expresión. Si se ha escuchado alguna vez la regla universal de derecho según la cual las personas pueden hacer todo aquello que no les esté prohibido (replicado en el artículo 6 de la Constitución Política), puede considerarse que, con el estado jurídico de las cuestiones, teniendo en cuenta las condiciones de ejercicio, las restricciones válidas para limitar la libertad de expresión, el test de proporcionalidad cuando entra en colisión con otros derechos y la balanza a favor de ella, existe un derecho a madrear.

CONCLUSIONES

1. A lo largo del recorrer histórico, a la libertad de expresión se le ha reconocido un papel especial y trato preferente por los pensadores más vanguardistas, con fundamento en diversas consideraciones que hacen necesario su ejercicio. Esos fundamentos tienen que ver con consideraciones acerca de la verdad, de la naturaleza del hombre, de la necesidad del debate de los temas públicos, de la libertad de pensamiento, etc., todo lo cual lo ha afirmado como un derecho esencial para el desarrollo del ser humano y de la colectividad, características que son robustecidas actualmente por los entendimientos nacionales e internacionales.

2. La libertad de expresión es una garantía fundamental reconocida en todas las principales declaraciones de derechos humanos, siendo improbable la realización plena del hombre, y de la democracia, en ámbitos herméticos frente a su garantía. Aun cuando su importancia, de acuerdo a cada sociedad, radique en diversos pedestales, es la herramienta por excelencia para consolidar la democracia y los fines del hombre. Por esto tiene una noción no muy disímil en las sociedades, lo cual facilita el un entendimiento acerca de qué consiste. Pero también lleva a que se establezcan raseros dispares del ámbito de acción permitido para su ejercicio, algunos más permisivos que otros, pero siempre atendiendo al límite que impone el derecho ajeno.

3. La libertad de expresión es una herramienta política en muchos casos, pues su ejercicio generalmente busca intervenir en el debate público, motivar a la toma de decisiones, hacer que alguien haga o deje de hacer algo, etc. Y por ello, los gobiernos con calificaciones autócratas, buscan impedir que todas sus potencialidades puedan ser ejercidas por quien resulte opositor a sus intereses.

4. La libertad de expresión en Colombia no ha sido un asunto privilegiado en la mayor parte de la historia republicana. Solamente desde la Constitución Política de 1991

se pudo constatar un elevado aumento de la teoría del derecho fundamental, con la intención del logro de una sociedad pluralista, igual, justa, respetuosa de los derechos humanos, democrática. En el recorrido de las decisiones de la Corte Constitucional, fue manifiesto el avance y elaboración encumbrada de la libertad de expresión: de algunas pautas de entendimiento, se pasó a estrictas reglas de observancia imperiosa para las autoridades, para los ciudadanos y profesionales de las comunicaciones, en especial cuando fuera necesaria su limitación por causa de la colisión con otras garantías fundamentales humanas.

5. La sociedad de la información, basada en el efecto social que permite la comunicación inmediata a través de Internet, es un nuevo paradigma, del cual se habló desde el siglo pasado, pero que muestra sus mayores evidencias actualmente, transformador de las relaciones sociales, de los roles sociales tradicionales y del consumo de la información, para dar paso a una sociedad interconectada, dinámica, con necesidades de informar e informarse constantemente y comunicar el pensamiento. Y es en este escenario donde madrear se convierte en una manifestación normal de la libertad de pensamiento, amparada como forma de libertad de expresión porque precisamente esta tiene serias implicaciones en la democracia y en los fines de la sociedad y del Estado y a ella se suman muchas garantías que difícilmente harán que sea limitada salvo excepcionalísimos casos, por lo cual no es imposible estructurar un derecho a madrear en la óptica de la libertad de expresión.

REFERENCIAS

- Abusleme, C. I. (2012). *Libertad de expresión y libre emprendimiento. Equilibrio entre las normas del pluralismo informativo y de la libre*. Santiago de Chile, Chile.
- Agudelo Ramírez, M. (2011). El problema de la fundamentación filosófica de los derechos humanos. Bases ontológicas. Medellín: Temis.
- Aguirre Román, J. O. & Pabón Mantilla, P. (2007). Reconstrucción del derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia Constitucional: concepto, escenarios y límites. *Opinión jurídica*, 6(12), 35 - 59.
- Alsina, J. (1967). Sócrates, Platón y la verdad. *Boletín del Instituto de Estudios Helénicos*(1), 39 - 43.
- Asamblea Nacional de Francia. (1789). Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. (1789). Recuperado de: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf
- Asihablamos.com (s.f). Diccionario Latinoamericano, para poder entendernos. Recuperado de: <http://www.asihablamos.com/word/palabra/Madrazo.php>
- Asihablamos.com (s.f). Diccionario Latinoamericano, para poder entendernos. Recuperado de: <http://www.asihablamos.com/word/palabra/Madrear.php>
- Belandria, M.& González, J. (2005). Fundamentos axiológicos de la libertad de expresión. *Dikaiosyne*, VIII(15), 7 - 27.
- Bertrán, A.& Preller, J. (2003). *Impacto de la dictadura militar (1973-1990) en la nueva narrativa chilena*. Valdivia, Chile.
- Bisbal Torres, M. (2006). La libertad de expresión en la filosofía de John Stuart Mill. *Anuario de filosofía del derecho*(23), 13 - 36.
- Calloni, S. (2002). *Los años del lobo: Operación Condor*. Buenos Aires: Continente.
- Cárdenas Marín, N. & Lozano Reyes, J. F. (2012). La función instrumental del derecho a la libertad de expresión en el sistema interamericano: perspectivas y retos. En M. L. Torres Villareal & P. M. Iregui Parra, *Reflexiones sobre la libertad de expresión*

en el contexto de la democracia (p. 98). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Castells, M. (2014). *El impacto de Internet en la sociedad: una perspectiva global*.

Convención Americana de los Derechos Humanos. (1969). Recuperada de:
http://www.snaa.gov.py/archivos/documentos/DERECHOS%20HUMANOS_lj9of2yt.pdf

Constitución de los Estados Unidos de América. (1971). Enmienda I. Recuperado de:
https://www.cato.org/pubs/constitution/constitution_sp.html

Corte Constitucional. Sentencia C-452 de 2016. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/C-452-16.htm>

Corte Constitucional. (2015). Sentencia SU 626 de 2015. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU626-15.htm>

Corte Constitucional. Sentencia T-391 de 2007. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-391-07.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C452/02. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2002/C-452-02.htm>

Corte Constitucional. Sentencia Sentencia T-550 de 2016. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-550-15.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-442 de 2011. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-442-11.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-045 , Expediente R.E.076 (Naranjo Mesa, Vladimiro 08 de 02 de 1996)

Corte Constitucional. República de Colombia (1991). Constitución Política. Recuperado de:

[http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion Politica de Colombia.htm](http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion%20Politica%20de%20Colombia.htm)

Corte Constitucional. Sentencia T-1198 de 2004.M. P. Rodrigo Escobar Gil. 1° de diciembre de 2004.

Darbishire, H. (1994). Libertad de expresión, libertad fundamental. *El correo de la UNESCO*, 18 - 22.

De los Santos, M. P. (25 de Septiembre de 2014). *La censura cultural durante la dictadura militar Argentina 1973-1983*. Buenos Aires, Argentina.

Del Valle Cama, J. J. (2003). Protágoras de Abdera, un filósofo para la democracia. *Eúphoros*(6), 23 - 30.

Declaración del Gobierno Provisional. En Diario Izvestia. 7 de marzo de 1917.

Recuperado de: http://educativa.catedu.es/44700165/aula/archivos/repositorio//1250/1290/html/531_la_revolucin_de_febrero.html

Embajada de Estados Unidos (2013). La libertad de expresión em Estados Unidos.

Recuperado de: http://photos.state.gov/libraries/amgov/133183/spanish/P_Freedom_of_Expression_UnitedStates_Spanish_Extended_Digital.pdf

Estudillo García, J. (2001). Surgimiento de la sociedad de la información. *Nueva época*, 4(2), 77 - 86.

Forman, M. (Dirección). (1996). *The People vs. Larry Flynt* [Película].

Fundación Telefónica. (s.f). La Sociedad de la Información en España. Presente y Perspectivas 2000. Recuperado de: https://telos.fundaciontelefonica.com/docs/repositorio/es_ES/informes/espana_2000/completo.pdf

Garzón Real, B. (2016). *Operación Condor. 40 años después*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Centro Internacional para la Promoción de los Derechos Humanos (CIPDH) Categoría II UNESCO.

<http://oralidadyescriturauni.blogspot.com.co/2015/03/cual-es-el-papel-de-la-prensa-en-la.html>. (s.f). Recuperado el 17 de 08 de 2016, de <http://oralidadyescriturauni.blogspot.com.co/2015/03/cual-es-el-papel-de-la-prensa-en-la.html>

LibreRed (2011). Eduardo Galeano: “EEUU ha sembrado al mundo de ditaduras militates”. Recuperado de: <http://www.librerred.net/?p=4710>

Madanes, L. (1986). Spinoza y la libertad de expresión. *Revista de la filosofía y teoría política*(26 - 27), 279 - 283.

Martínez Moscoso, A. (2009). *La libertad de expresión en la nueva sociedad de la información. Perspectivas y conflictos entre derechos*. Cuenca, Ecuador.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (1953). Convenio Europeo de Derechos Humanos. Recuperado de:
http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

Universidad Nacional de San Juan. (s.f). Concepto de Sociedad de la Información. Recuperado de:
<http://www.unsj.edu.ar/unsjVirtual/comunicacion/seminarionuevastecnologias/wp-content/uploads/2015/05/concepto.pdf>

Valenzuela Guzmán, M. A. (2008). *La Revolución francesa*. Guatemala: Biblioteca Central Usac.

Vanegas Gil, P. P. (2011). La Constitución colombiana y los estados de excepción: veinte años después. *Revista Derecho del Estado*(27), 261 - 290.