

GENERALIDADES SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Por Natalia Tobón Franco
2015

La libertad de expresión es el derecho que tienen todas las personas a expresar y difundir libremente su pensamiento, sus opiniones, informaciones e ideas personales, sin limitación alguna¹, a través del medio y la forma que escojan².

La libertad de expresión tiene dos dimensiones: una individual -hay quien la llama activa- y una colectiva -pasiva para otros-³. La individual es el derecho formal que tienen las personas a manifestarse sin interferencias y a utilizar el medio que deseen para difundir sus expresiones. La colectiva, por su parte, se materializa en la posibilidad que tienen las personas de recibir o no la expresión de los pensamientos, ideas, opiniones e informaciones por parte de su emisor⁴.

El derecho a la libertad de expresión ocupa un lugar privilegiado dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales por las siguientes razones⁵:

- (1) Políticas: su respeto es esencial para el funcionamiento de las democracias,
- (2) Filosóficas: es un instrumento que facilita la búsqueda de la verdad,
- (3) Personales: permite la búsqueda y autorrealización individual⁶,
- (4) Culturales: favorece la creación y aumento del patrimonio cultural y científico de una sociedad, y
- (5) Prácticas: la historia ha mostrado cierta dificultad para intervenir apropiadamente en esta esfera.

Y es que la libertad de expresión y específicamente la libertad de prensa constituye un requisito esencial para la existencia de una democracia:

¹ Inclusive "(...) sin consideración de fronteras". Ver: Cepeda, Manuel José. "Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991". Consejería presidencial para el desarrollo de la Constitución, Editorial Temis, Bogotá, 1992. pág. 211, citando el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

² Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-391, mayo 22/07 y C-442, mayo 25/11.

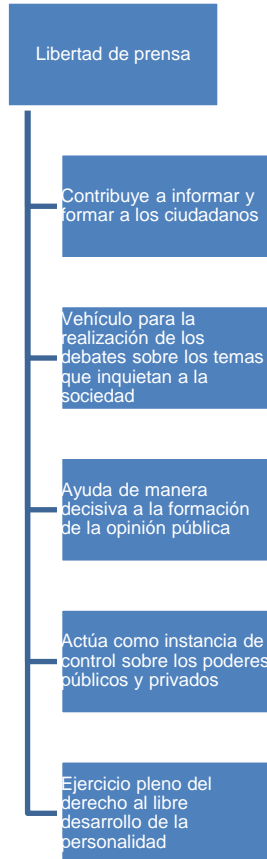
³ Ídem.

⁴ Para algunos doctrinantes sólo el derecho a emitir información es un derecho de carácter constitucional porque el derecho a recibirla "es un simple reflejo de la manifestación activa y no es directamente accionable". Cepeda, Manuel José. "Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991". Consejería presidencial para el desarrollo de la Constitución, Editorial Temis, Bogotá, 1992. pág. 211.

⁵ Ídem.

⁶ "La libertad de expresión (...) es valiosa en cuanto posibilita la proyección de cada persona como sujeto individual y permite la realización de sus planes de vida. Solo una sociedad compuesta de personas libres de expresar quiénes son y quienes quieren ser, puede reclamarse como abierta, pluralista y participativa". Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-650, agosto 5/03.

"En efecto, una prensa libre contribuye a informar y formar a los ciudadanos; sirve de vehículo para la realización de los debates sobre los temas que inquietan a la sociedad; ayuda de manera decisiva a la formación de la opinión pública; actúa como instancia de control sobre los poderes públicos y privados, etc. Además, la libertad de prensa es fundamental para el ejercicio pleno del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues para que una persona pueda definir y seguir de manera apropiada la orientación que le desea dar a su existencia es necesario que tenga la posibilidad de conocer distintas formas de concebir la vida y de comunicar su propia opción vital"⁷.



En Colombia, la libertad de expresión se encuentra plasmada en el artículo 20 de la Constitución Política, así:

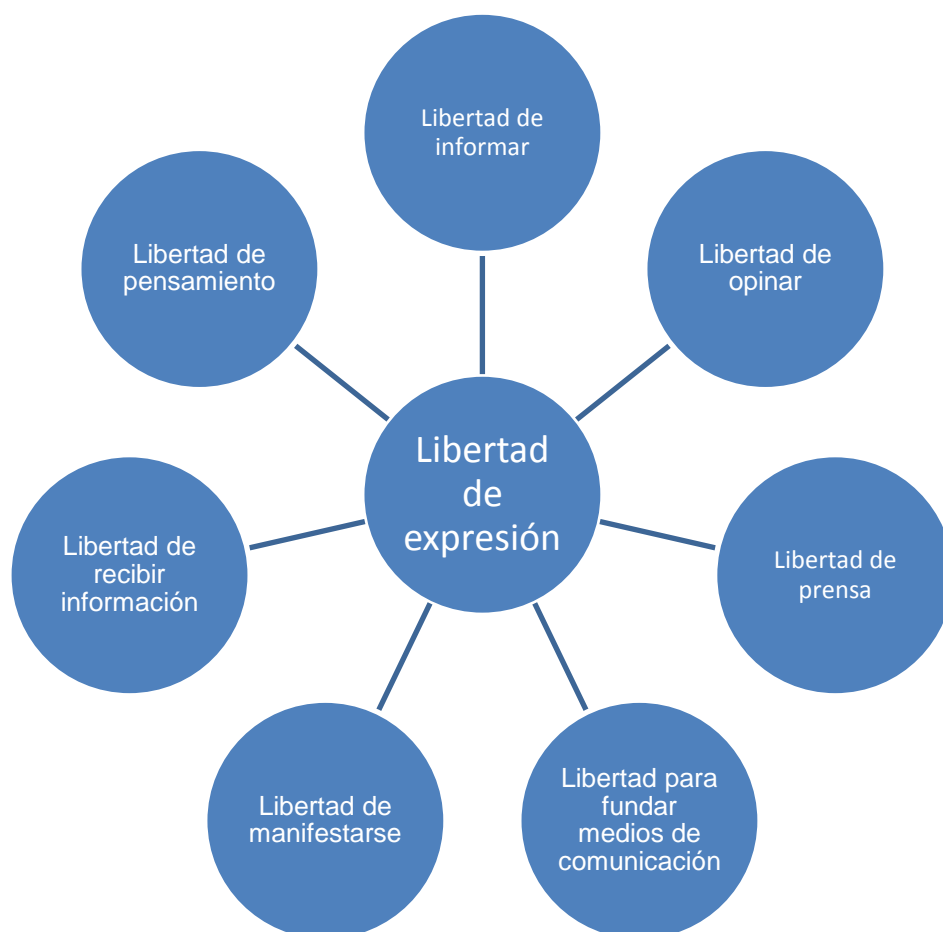
"Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura".

⁷ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-489/02. Aclaración de voto de Manuel José Cepeda citando T-066/02.

Como se observa, la norma constitucional colombiana consagra expresamente el derecho a libertad de expresión e información y protege la libertad no sólo en la prensa, sino en todos los medios de comunicación.

"Además de la prensa, amplía la protección a la radio, a la televisión y, en general, a cualquier medio masivo de comunicación. De esta manera evita que los avances tecnológicos hagan desueta la norma"⁸.

La libertad de expresión es el género de varios tipos de libertades⁹: libertad de informar, libertad de opinar, libertad de pensamiento, libertad de prensa, libertad de recibir información y libertad de fundar medios de comunicación.



Cada una de las especies del género libertad de expresión tiene sus particularidades¹⁰. Sin embargo, todas tienen en común lo siguiente:

⁸ Cepeda, Manuel José. "Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991". Consejería presidencial para el desarrollo de la Constitución, Editorial Temis, Bogotá, 1992. pág. 211.

⁹ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-650, agosto 5/03.

¹⁰ Ídem.

La libertad de expresión tiene las siguientes características¹¹: es la regla general por lo que ante cualquier duda se aplica el principio *pro libertate*; su titularidad es universal, las garantías que provee son inalienables e imprescriptibles; es un derecho preferente que sólo puede limitarse excepcionalmente; su protección opera en doble vía -para emisores y receptores- ; es un derecho que debe interpretarse según los instrumentos internacionales suscritos por cada país en la materia; no tiene efectos patrimoniales y la censura está prohibida de manera perentoria, sin excepciones¹². Veamos:

(1) La libertad de expresión es la regla general por lo que ante cualquier duda se aplica el principio *in dubio pro libertate*¹³.

“En virtud del principio *in dubio pro libertate* y el carácter preferente de la libertad de expresión, toda limitación legal a ese derecho debe ser entendida en forma estricta, de suerte que entre dos interpretaciones posibles y razonables de una norma legal, debe siempre preferirse aquella que favorezca un ejercicio más amplio de la libertad de expresión”¹⁴.

El principio *in dubio pro libertate* es tan importante que hace que cualquier limitación a la libertad de expresión se presuma, de entrada, inconstitucional¹⁵. De ahí que la Corte Constitucional de Colombia lo haya incluido como una de las tres reglas constitucionales indispensables para la interpretación de la libertad de expresión, a saber: (i) hay una presunción en favor de la libertad de expresión, que supone la primacía de esta libertad frente a otros derechos, valores y principios constitucionales en casos de conflicto, incluso del buen nombre y la honra, según el caso (ii) existe el supuesto de inconstitucionalidad en las limitaciones relacionadas con la libertad de expresión en materia de regulación del Estado y (iii) la censura previa está prohibida de manera perentoria¹⁶.

(2) Su titularidad es universal.

¹¹ Ídem.

¹² "Una prensa libre puede ser buena o mala, pero sin libertad, la prensa nunca será otra cosa que mala". Albert Camus (1913-1960).

¹³ En realidad el principio *in dubio pro libertate* constituye el meollo de la doctrina de todos los derechos fundamentales. Significa que los derechos humanos "deben interpretarse del modo más amplio posible. Es decir, conforme a este principio, debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca la libertad y restrictivamente todo lo que la limite". León Bastos, Carolina. "La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humanos: un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica". Editorial Reus, 2010, pág. 275.

¹⁴ Uprimny Rodrigo, Fuentes Adriana, Botero Catalina y Jaramillo Juan Fernando. "Libertad de prensa y derechos fundamentales. Análisis de la jurisprudencia constitucional en Colombia (1992-2005)". Fundación Konrad Adenauer, DeJusticia y Andiaros, Bogotá, 2006, pág. 126. El texto cita a Colombia, Corte Constitucional. Sentencias T-403/92, C-087/98, T- 094/00, C-010/00.

¹⁵ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-219, marzo 17/09.

¹⁶ Ídem.

La expresión "toda persona" empleada por el artículo 20 de la Constitución de Colombia, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) significa que se trata de un derecho cuya titularidad es universal y sólo se requiere ser persona para ejercerlo: personas naturales, personas jurídicas¹⁷, empresas con o sin ánimo de lucro y medios de comunicación.

Este rasgo –titularidad universal- se resaltó cuando la Corte Constitucional de Colombia declaró inexecutable -es decir, contrarias a la Constitución Política- las normas que exigían a los periodistas obtener una autorización del Ministerio de Comunicaciones para difundir comunicados de las organizaciones delincuenciales o entrevistas a sus miembros. El alto tribunal consideró que esta norma iba en contravía de los artículos 13 y 20 de la Carta, según los cuales, a pesar de que existan circunstancias extraordinarias de orden público, la libertad de expresión se predica de toda persona, sin distinciones de ninguna clase¹⁸. Específicamente el alto tribunal explicó que así una persona haya infringido un mandato legal, no puede ser despojada de su libertad de expresión, ni siquiera "en períodos de turbación del orden"¹⁹.

El caso de los funcionarios públicos es interesante pues cuando se expresan sobre asuntos de interés público están sujetos a mayores limitaciones que las que tiene un ciudadano del común. En efecto,

"(L)as declaraciones de altos funcionarios públicos -de nivel nacional, local o departamental- sobre asuntos de interés general no entran en el ámbito de su derecho a la libertad de expresión u opinión sino que se constituyen en una forma de ejercer sus funciones a través de la comunicación con la ciudadanía"²⁰.

Y es que cuando un alto funcionario público se pronuncia sobre asuntos de interés general la ciudadanía tiende a entender que lo hace en consideración a su cargo y no en nombre propio. Es por ello que el derecho a la libertad de expresión de estos personajes se convierte en un poder-deber de comunicación que está sujeto a las siguientes limitaciones²¹:

(i) la veracidad de la información,

¹⁷ Los sindicatos son titulares de la libertad de expresión. "En un contexto de negociación colectiva, habiendo estrategias de confrontación de parte y parte, el hecho de conferirle al empleador la posibilidad de restringir la libertad de expresión, herramienta fundamental del sindicato, es darle una ventaja inconstitucional y desproporcionada, que además vulnera los derechos de asociación sindical y negociación colectiva. Por lo anterior la Corte considera que: (i) la aplicación de las normas del reglamento interno de trabajo referentes a la prohibición de distribuir panfletos, volantes y similar material publicitario dentro de la empresa, lesiona el derecho de libertad de expresión sindical; (...)". Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-434, mayo 23/11.

¹⁸ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-650, agosto 5/03.

¹⁹ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-425, septiembre 29/94.

²⁰ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-627, agosto 10/12

²¹ Ídem.

- (ii) la imparcialidad de la información que transmiten,
- (iii) la mínima justificación fáctica y la razonabilidad de sus opiniones
- (iv) el respeto de los derechos fundamentales, especialmente de los sujetos a especial protección constitucional.

Estos fueron los lineamientos expuestos sobre la materia por la Corte Constitucional al desatar una tutela presentada por más de 1000 mujeres colombianas contra el Procurador General de la Nación. Las demandantes consideraban que dicho servidor público había vulnerado sus derechos reproductivos al presentar ante los medios de comunicación su opinión personal al respecto, como si fuera una noticia oficial.

El alto tribunal falló a favor de las demandantes pues consideró que los Estados están obligados a proveer información científica, veraz e imparcial sobre los derechos reproductivos de sus ciudadanos y los funcionarios públicos deben abstenerse de expresar sus opiniones o creencias personales al respecto.

“Los Estados deben abstenerse de censurar, administrativa o judicialmente, información en materia reproductiva que vaya acorde con la legislación vigente sobre la materia. Ello exige de los Estados que las políticas públicas y programas respecto de salud sexual y reproductiva se basen en evidencia científica que proporcione certeza”²².

El Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad -DeJusticia- participó en ese proceso y explicó que

“el derecho fundamental a recibir información pública veraz e imparcial tiene como correlativo el deber proactivo de los servidores públicos de suministrarla. Así, teniendo en cuenta la influencia directa que éstos últimos tienen en la gestión pública, tienen un especial deber de garantizar que la información que suministran es veraz e imparcial, y de rectificar sus afirmaciones en caso de que sean incorrectas o inexactas cuando por diferentes mecanismos se evidencia su error, (..) así no medie una solicitud de corrección”²³.

(3) Las garantías la libertad de expresión son inalienables -no se pueden enajenar- e imprescriptibles -no se extinguen con el transcurso del tiempo- pues merecen protección estatal en todo tiempo y lugar²⁴.

(4) El derecho a la libertad de expresión tiene carácter preferente²⁵ aunque no es absoluto

²² Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-627, agosto 10/12.

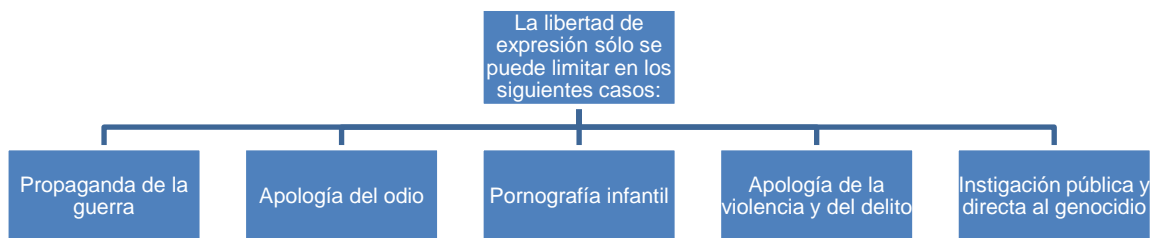
²³ Ídem.

²⁴ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-327, mayo 10/10.

²⁵ "El derecho a la libertad de expresión es prevalente, y generalmente se le otorga primacía sobre los derechos al buen nombre y a la honra, con los cuales frecuentemente resulta enfrentado, salvo que se demuestre por el afectado la intención dañina o la negligencia al presentar hechos falsos, parciales,

"El carácter preferente de las libertades de expresión, información y de prensa no significa, sin embargo, que estos derechos sean absolutos y carezcan de límites. Así, no sólo no existen en general derechos absolutos sino que, en particular, la libertad de expresión puede colisionar con otros derechos y valores constitucionales, por lo cual, los tratados de derechos humanos y la Constitución establecen que ciertas restricciones a esta libertad, son legítimas. Así, conforme a la Convención Interamericana y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, este derecho puede ser limitado para asegurar (i) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o para (ii) la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas"²⁶.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional en otro pronunciamiento afirmó que la libertad de expresión era un derecho absoluto que sólo podía limitarse excepcionalmente en casos muy precisos, establecidos de manera taxativa en tratados internacionales vinculantes para Colombia²⁷. Veamos:



La apología al odio es mas que todo una propaganda ideológica mientras que la apología a a violencia y al delito contiene una incitación inmediata a la acción²⁸.

incompletos o inexactos que vulneran o amenazan sus derechos fundamentales". Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-602, diciembre 12/95.

²⁶ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-10, enero 19/00.

²⁷ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-391, mayo 22/07. Una de estas normas es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual, en el numeral 5° del artículo 13 dispone que "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".

²⁸ Se dice que el célebre juez Holmes en Estados Unidos sostenía que la libertad de expresión nunca se podría extender a la posibilidad de gritar ¡fuego! en un sitio público porque generaría una reacción inmediata que

En Colombia, por ejemplo, son delitos la instigación a la guerra²⁹; la instigación a delinquir³⁰, la pornografía con personas menores de 18 años³¹, el genocidio³², la apología del genocidio³³ y la incitación a la agresión física o verbal, o daños a infraestructura deportiva, pública, residencial o comercial con ocasión de espectáculo deportivo es una contravención al Código de Policía.

Toda otra forma de expresión humana que no haya sido objeto de consenso internacional queda amparada por la libertad de expresión. En consecuencia, la libertad de expresión resguarda tanto las expresiones exteriorizadas mediante el lenguaje convencional, como las manifestadas por medio de conducta simbólica o no convencional³⁴, verbal o no verbal³⁵.

podría vulnerar otros derechos. "Las conductas de incitación son uno de los ejemplos donde la libertad de expresión se convierte en acción y es entonces limitable". Uprimny Rodrigo, Fuentes Adriana, Botero Catalina y Jaramillo Juan Fernando. Libertad de prensa y derechos fundamentales. Análisis de la jurisprudencia constitucional en Colombia (1992-2005). Fundación Konrad Adenauer, DeJusticia y Andiaros, Bogotá, 2006, pág. 9. y 10.

²⁹ Colombia, Código Penal, artículo 458.—"Instigación a la guerra. El colombiano, aunque haya renunciado a la calidad de nacional, o el extranjero que deba obediencia al Estado, que realice actos dirigidos a provocar contra Colombia guerra u hostilidades de otra u otras naciones, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años...". De otro lado la Ley 74/68 que contiene el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 20 dispone: "1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley. 2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley".

³⁰ Colombia, Código Penal, artículo 348.—"Instigación a delinquir. El que pública y directamente incite a otro u otros a la comisión de un determinado delito o género de delitos, incurrirá en multa. Si la conducta se realiza para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, secuestro extorsivo, tortura, traslado forzoso de población u homicidio o con fines terroristas, la pena será de cinco (5) a diez (10) años (...)".

³¹ Colombia, Código Penal, artículo 218.—Modificado.L.1236/2008, art. 12.Modificado.L.1336/2009, artículo 24. "Pornografía con personas menores de 18 años. El que fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, transmita o exhiba, por cualquier medio, para uso personal o intercambio, representaciones reales de actividad sexual que involucre persona menor de 18 años de edad, incurrirá en prisión de 10 a 20 años y multa de 150 a 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Igual pena se aplicará a quien alimente con pornografía infantil bases de datos de Internet, con o sin fines de lucro. La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima".

³² Colombia, Código Penal, artículo 101.—"Genocidio. El que con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político, por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros, incurrirá en prisión de treinta (30) a cuarenta (40) años (...)".

³³ Colombia, Código Penal, artículo 102.—Modificado.L.1482/2011, art. 7º."Apología del genocidio. El que por cualquier medio difunda ideas o doctrinas que propicien, promuevan, el genocidio o el antisemitismo o de alguna forma lo justifiquen o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de las mismas, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses (...)".

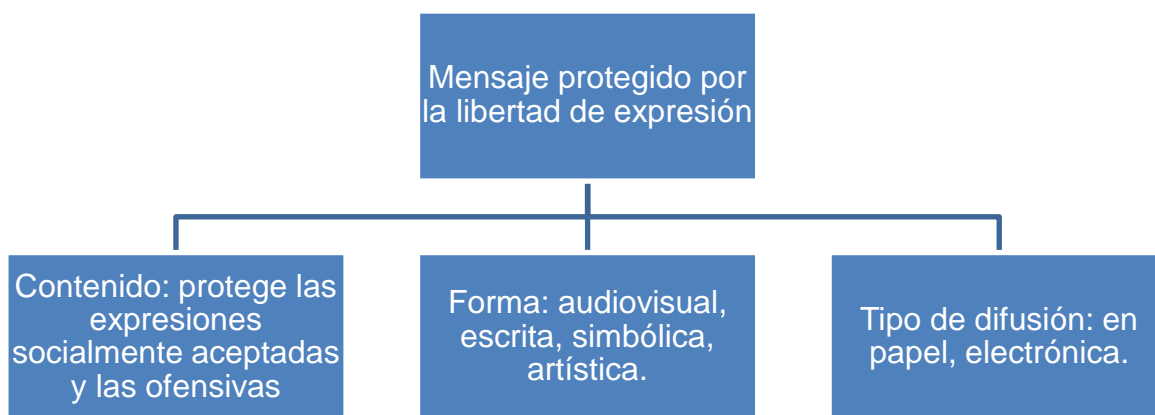
³⁴ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-442, mayo 25/11.

³⁵ "La libertad de expresión, verbal o no verbal, es valiosa en cuanto posibilita la proyección de cada persona como sujeto individual y permite la realización de sus planes de vida (...)".Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-650, agosto 5/03.

De hecho la libertad de expresión protege tanto las ideas inofensivas, inútiles, anodinas³⁶ e indiferentes como las inquietantes o peligrosas que no son aceptadas por la mayoría de la sociedad³⁷, porque en una democracia lo que debe prevalecer es el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura

"La libertad de expresión pretende proteger, como lo ha vigorosamente destacado la doctrina de las instancias internacionales de derechos humanos, no sólo la divulgación de informaciones u opiniones consideradas inofensivas o indiferentes por el Estado y por la mayoría de la población, sino también la difusión de ideas o datos que no son acogidos favorablemente por las mayorías sociales, que pueden juzgarlas inquietantes o peligrosas. El pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuáles no existe verdaderamente un sociedad democrática, exigen que esas opiniones e informaciones disidentes sean también protegidas"³⁸.

Además, la expresión puede manifestarse a través de cualquier medio, teniendo en cuenta que cada uno plantea sus propios problemas y especificaciones. Al fin y al cabo la libertad de expresión protege el contenido, la forma y el tipo de difusión del mensaje³⁹.



Pero no sólo está protegido el contenido, la forma y el tipo de difusión. También está amparado su tono. La Corte Constitucional de Colombia declaró inexecutable la norma que prohibía la transmisión de programas informativos o periodísticos en

³⁶ "(...)(A)ún las expresiones inútiles, anodinas, impulsivas, carentes de importancia social o inclusive contrarias a las prácticas sociales y a las verdades recibidas, gozan de protección constitucional". Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-650, agosto 5/03.

³⁷ "Si la libertad significa algo, será sobre todo el derecho a decirle a la gente aquello que no quiere oír". George Orwell.

³⁸ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-10, enero 19/00.

³⁹ Ídem.

tono de arenga, discurso o declamación⁴⁰ pues estimó que se trataba de restricciones ambiguas.

"No es claro a partir de qué nivel de vehemencia o de acaloramiento del locutor, entramos en el tono de arenga o discurso, por lo cual la delimitación de cuáles contenidos son sancionables queda abandonada al criterio subjetivo de las autoridades encargadas de controlar el cumplimiento de esas reglamentaciones. La enorme ambigüedad que implica la aplicación de una tal restricción pone entonces en riesgo excesivo la libertad de expresión, sin que sea claro que la disposición favorezca el cumplimiento de un objetivo constitucional de importancia"⁴¹.

Se puede afirmar que la libertad de expresión protege tanto las manifestaciones socialmente aceptadas como aquellas consideradas inusuales, alternativas o diversas, lo cual incluye las expresiones ofensivas, chocantes, impactantes, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias⁴².

Ahora bien, existen diferentes grados de protección constitucional sobre los distintos discursos, lo cual incide directamente sobre las limitaciones legales admisibles sobre cada uno.

Gozan de mayor grado de protección las siguientes expresiones⁴³:

- a) El discurso político
- b) El debate sobre asuntos de interés público
- c) La correspondencia y demás formas de comunicación privada
- d) Los discursos estéticos, morales, emotivos o personales, manifestados a través de expresiones verbales, artísticas, o de conductas simbólicas.
- e) La exposición de convicciones y la objeción de conciencia;
- f) El discurso religioso;
- g) El discurso académico, investigativo y científico;
- h) Las expresiones realizadas en el curso de manifestaciones públicas pacíficas;
- i) El discurso cívico o de participación ciudadana,
- j) El discurso de identidad, que expresa y refuerza la propia adscripción cultural y social.

La razón de ser de esta especial protección consiste en que todos ellos están relacionados, de una u otra forma, con algún derecho fundamental: el derecho a la igualdad, a la educación, al acceso a la cultura, a la libertad religiosa o a la libertad de conciencia.

⁴⁰ Colombia. Ley 74 de 1966. Artículos 10º: "Las transmisiones de programas informativos o periodísticos no podrán hacerse en tono de arenga, discurso o declamación (...)".

⁴¹ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-10, enero 19/00.

⁴² Ídem.

⁴³ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-442, mayo 25/11

"(C)on las libertades de expresar y difundir el pensamiento, de informar y recibir información, no solo se crea una opinión pública de lo público y de lo político, sino que también se abren los espacios para la difusión y discusión del conocimiento, de los estudios y resultados que arroja la investigación y el desarrollo del trabajo científico, con los cuales se completa el ejercicio de otros derechos constitucionales como la libertad fundamental de investigación (C.P., art. 27); el derecho a difundir las ideas y programas de los partidos, movimientos y agrupaciones políticas creados (C.P., art. 40, núm. 3º); el derecho de las universidades a contar en el apoyo y estímulos del Estado para desarrollar investigación científica (C.P., art. 69, inc. 3º), el derecho de todos los colombianos en igualdad de oportunidades de acceso a la cultura (C.P., art. 70, inc. 1º), el derecho a la investigación, ciencia, desarrollo y difusión de los valores culturales de la Nación (C.P., art. 70, inc. 2º); también la libertad de la búsqueda del conocimiento y el derecho al incentivo y fomento creado por el Estado, para su efectivo ejercicio (C.P., art. 71); y el derecho de protección para la actividad periodística, a fin de garantizar su libertad e independencia profesional (C.P., art. 73)" ⁴⁴.

Uno de los derechos fundamentales que se puede materializar gracias a la protección de la libertad de expresión es el derecho a la dignidad humana. Así lo afirmaron algunos magistrados de la Corte Constitucional de Colombia al referirse a la constitucionalidad del artículo 223 del Código Penal, que sanciona la injuria cometida en privado ⁴⁵. Estos juristas estimaron que penalizar una conducta de ese calibre cercenaba de manera innecesaria y desproporcionada la libertad de expresión y era contraria a la dignidad humana ⁴⁶.

"La protección de la libertad de expresión es un fin en sí mismo como manifestación de lo que entendemos por un ser humano digno y autónomo y por una sociedad de personas igualmente libres" ⁴⁷.

Pero volviendo al listado de los discursos especialmente protegidos el primero que encontramos es el discurso político y las expresiones relacionadas con asuntos de interés público. Estos gozan de tratamiento especial "en la medida en que propician el debate al interior de una sociedad, lo cual es propio de la democracia participativa" ⁴⁸.

Basta observar cómo es en los momentos de dificultad política cuando aparecen más limitaciones a la libertad de expresión ⁴⁹. Y es que si bien la libertad de

⁴⁴ Ídem.

⁴⁵ La injuria cometida en privado se presenta cuando una persona hace una imputación deshonrosa a otra mediante un escrito dirigido exclusivamente al ofendido o cuando una persona formula una apreciación que se produce en la sola presencia de su destinatario.

⁴⁶ Colombia, Corte Constitucional. Comunicado 36, pág. 3/14, referido a Sentencia C-635, julio 24/14. Con salvamento parcial de voto de María Victoria Calle Correa, Jorge Iván Palacio y Luis Ernesto Vargas.

⁴⁷ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-650, agosto 5/03.

⁴⁸ Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia 38909, julio 10/13, citando Corte Interamericana de Derechos Humanos -no especifica documento-.

⁴⁹ Esa es la tesis sostenida por G. Stone en "Civil liberties in Wartime: The American perspective", publicado por la Associazione Italiana Costituzionalisti, Convegno Anuale, 2003. "Concretamente Stone alude a los

expresión en general tiene incidencia en la formación de la opinión pública, cuando se trata de temas políticos, entendida la política "en su sentido más lato como el arte de gobernar, incluyendo desde luego los mecanismos de participación electoral y el control que se hace de los gobernantes, en cuanto representantes del pueblo"⁵⁰ su protección se hace indispensable pues gracias a ella se forma la opinión política.

"La diferencia, entonces, entre opinión pública y opinión política se asume desde una perspectiva de género a especie, en el entendido que la segunda es una rama o arista de las varias que puede contener la primera"⁵¹.

La especial protección al discurso político es lo que ha dado pie a que a los periodistas llame los "perros guardianes de la democracia".

"Esta es una frase más o menos de principios del siglo XX. Yo creo que esa cita quedaría completa si se añadiera que el perro es el más domesticable de todos los animales. A lo largo de la historia hemos demostrado que la simbiosis entre periodismo y poder ha acabado por convertirnos en guardianes muy bravos con los débiles, pero muy dóciles con el amo. De modo que ya no somos los guardianes de la democracia. Cada vez hay menos interacción entre la sociedad y los periodistas y más entre los políticos y los periodistas"⁵².

Otro de los discursos protegidos por la libertad de expresión, especialmente por su relación con la libertad de pensamiento, es el de la libertad de conciencia⁵³. Un caso típico de estos discursos es el de la libertad de cátedra que ampara a los docentes de centros educativos. La libertad de cátedra es aquella prerrogativa que

- (i) permite al profesor escoger los materiales de estudio para su clase,
- (ii) le da al profesor la posibilidad de diseñar la metodología para enseñar su curso⁵⁴,

siguientes acontecimientos históricos del siglo XX como momentos en los que se han producido restricciones en la libertad de expresión: la Primera Guerra Mundial, la Segunda Guerra Mundial, la Guerra fría, y la Guerra de Vietnam". Aparece citado en: Arias Castaño Abel. "La sedition act de 1798 y el libelo sedicioso: la criminalización de la libertad de expresión". <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/viewFile/234/207>. Recuperado 4 de octubre de 2014.

⁵⁰ Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia 38909, julio 10/13.

⁵¹ Ídem.

⁵² Fundación Nuevo Periodismo Iberoamericano (FNPI). Consultorio Ético con Javier Darío Restrepo. http://www.fnpi.org/index.php?id=1101&tx_wecdiscussion%5Bsingle%5D=40191 Concepto 1137- independiencia del periodista. Esta alusión la hace Restrepo citando a Diego Petersen en Seminario del FNPI celebrado en Monterrey el 31 de agosto de 2004. Gráficas Lauki, Caracas, 2005. Pág. 32,33. Consultado el 26 de septiembre/14.

⁵³ Colombia, Constitución Política. Artículo 18.—"Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia".

⁵⁴ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-588, octubre 20/98.

(iii) le permite adoptar la orientación que desee dar a su materia, dentro de los marcos fijados por la ley,

(iv) Le da al docente la opción de oponerse "a las órdenes impartidas por las autoridades administrativas de la institución cuando estas desconozcan sus ideas y opiniones"⁵⁵.

La expresión de la objeción de conciencia también ha sido objeto de análisis cuando se utiliza como eximente de la obligación de prestar servicio militar⁵⁶.

"(E)l amparo constitucional a través de la acción de tutela de las convicciones y creencias, bien sean de carácter religioso, ético, moral o filosófico, que impidan prestar el servicio militar obligatorio mediante la figura de la objeción de conciencia deben cumplir con los siguientes requisitos:

i) tienen que definir y condicionar la conducta del objetor mediante manifestaciones externas y comprobables de su comportamiento; igualmente, deben ser

ii) profundas;

iii) fijas; y

iv) sinceras"⁵⁷.

Pero no todos pueden excusarse de cumplir con un deber legal basados en la objeción de conciencia. Se trata de un privilegio de las personas naturales que no es predicable de las personas jurídicas⁵⁸. La Corte ha dicho que quienes ostentan la calidad de autoridades públicas no pueden valerse de la objeción de conciencia para dejar de cumplir con una norma que goza de legitimidad y validez, pues ello puede implicar una denegación de justicia para la ciudadanía⁵⁹. Es el caso de la práctica del aborto en las circunstancias admitidas como legales por el legislador colombiano. Cuando una mujer cobijada por tal derecho solicita que se le practique ese procedimiento, dicha petición prevalece sobre la objeción de conciencia de los profesionales de la medicina que obran como prestadores

⁵⁵ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-535, julio 3/03. En otro caso, por ejemplo, el alto tribunal amparó el derecho a la libertad de cátedra de un profesor de filosofía al que la institución educativa le terminó el contrato de trabajo por haber recomendado la lectura del libro "El Decamerón" de Boccaccio a las alumnas de grado undécimo. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-800/02

⁵⁶ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-728, octubre 14/09 y Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-018/12. Desde el año 2009 la Corte Constitucional de Colombia ha admitido esta posibilidad, aunque no haya sido reglamentada de manera específica por el legislador colombiano, bajo el entendido de que se trata de una norma de aplicación directa

⁵⁷ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-728, octubre 14/09.

⁵⁸ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-355, mayo 10/06. "La objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas, o el Estado. Solo es posible reconocerlo a personas naturales, de manera que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia".

⁵⁹ "(...) y supone desconocer el mandato establecido en el artículo 2º de la Constitución de acuerdo con el cual dentro de los fines estatales se encuentra `garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución´ así como proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares". Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-388/09.

directos del servicio⁶⁰.

Otro de las expresiones que goza de especial protección es el discurso religioso por su relación con el derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto:

"El discurso religioso, es decir, aquel que se produce dentro de una determinada confesión religiosa, por parte de representantes o autoridades de la misma o de sus fieles o prosélitos, con base en los dogmas y documentos sagrados respectivos, se encuentra protegido no solamente por el derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto sino, también, por la libertad de expresión"⁶¹.

En principio el juez constitucional no tiene injerencia para intervenir en estos discursos pues

"(...)no (...) está legitimado para cuestionar la forma cómo cada credo interpreta el mundo, ni los calificativos que, en virtud de cada creencia, pueden aplicarse a determinados hechos, acciones o personas. Una precisa doctrina religiosa puede considerar oprobioso lo que otra puede estimar valioso y, en esa disputa, el Estado y, dentro de este, el juez constitucional, debe permanecer neutral"⁶².

No obstante, existen extremos del discurso religioso que pueden, potencialmente, afectar derechos de terceras personas y cuyo control no significa una intromisión del Estado en cuestiones de fe. Esto sucede cuando se imputa a una persona la

"comisión de una conducta contraria a ciertos dogmas religiosos -lo que en principio no puede ser objeto de reproche-, pero se hace de manera tal que apareja una grave afectación de la honra, la reputación o incluso la integridad y la vida de la persona, sin que, desde una perspectiva puramente interna, pueda sustentarse la citada imputación (...)"⁶³.

Las manifestaciones públicas y pacíficas también están especialmente amparadas por la libertad de expresión. Se hace énfasis en que se trata de manifestaciones pacíficas pues las protestas violentas que obstruyen vías públicas no gozan de protección constitucional. Así lo explicó la Corte

⁶⁰ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-355, mayo 10/06.

⁶¹ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-263, mayo 28/98.

⁶² Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-263, mayo 28/98.

⁶³ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-263, mayo 28/98. Un sacerdote de un pueblo de Colombia, en la homilía, acusó a un profesor de la institución educativa del lugar de patrocinar la realización de pactos satánicos en su casa. El párroco sugería que el profesor debía ser expulsado del colegio y del pueblo. En el caso se probó que uno de los hijos adoptivos del profesor había llevado a cabo una serie de reuniones con amigos en las cuales los jóvenes discutían temas de carácter esotérico, relacionados con el zodíaco y la reencarnación. En una de estas reuniones, una joven transcribió un conjuro de índole cabalística que, supuestamente, al ser recitado, tenía el poder de proteger de todo mal a quien lo recitaba. El sacerdote, enterado del conjuro, advirtió públicamente que este tipo de prácticas esotéricas eran contrarias a la fe de la Iglesia Católica y constituían un grave pecado. La Corte Constitucional, al valorar las circunstancias de los hechos y el riesgo que corría la vida del profesor, ordenó al sacerdote rectificar sus afirmaciones.

Constitucional de Colombia al referirse a la exequibilidad de la norma que exige obtener un permiso para realizar movilizaciones que obstruyan las vías públicas⁶⁴.

El ciudadano que demandó tal precepto consideraba que exigir un permiso para realizar manifestaciones era inconstitucional pues reprimía la protesta social pero la Corte advirtió que "(s)ólo la protesta social pacífica goza de protección constitucional. Las manifestaciones violentas no están protegidas ni siquiera *prima facie* por la Constitución"⁶⁵.

"El permiso al que alude la norma debe entenderse entonces como el resultado de un aviso previo, que no persigue solicitar autorizaciones para ejercer un derecho fundamental, sino que "[t]iene por objeto informar a las autoridades para que tomen las medidas conducentes a facilitar el ejercicio del derecho sin entorpecer de manera significativa el desarrollo normal de las actividades comunitarias"⁶⁶.

Muy de la mano con los discursos protegidos se encuentra la especial prohibición de censura en la Universidad:

"En la Universidad, ámbito natural y propicio para el libre curso de las ideas y para la creación, fomento y expansión de opiniones y tendencias, por su naturaleza y misión, más que en cualquier otra esfera de actividad social, está prohibida la censura"⁶⁷.

Entre las expresiones que pueden ser objeto de menor protección la doctrina menciona la expresión comercial y la expresión que puede resultar socialmente ofensiva, pero esto es discutible, como veremos más adelante.

Con relación a la primera, es decir, la expresión comercial, existen autores que consideran que el discurso comercial no merece estar protegido por la libertad de expresión porque se ocupa de manifestaciones que no permiten avanzar en los procesos democráticos, no favorecen la autonomía de las personas y no tienen un

⁶⁴ Colombia, Ley 599 de 2000, artículo 44:

Artículo 353A. Obstrucción a vías públicas que afecten el orden público. El que por medios ilícitos incite, dirija, constriña o proporcione los medios para obstaculizar de manera temporal o permanente, selectiva o general, las vías o la infraestructura de transporte de tal manera que atente contra la vida humana, la salud pública, la seguridad alimentaria, el medio ambiente o el derecho al trabajo, incurrirá en prisión de veinticuatro (24) a cuarenta y ocho meses (48) y multa de trece (13) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes y pérdida de inhabilidad de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena de prisión.

Parágrafo. Se excluyen del presente artículo las movilizaciones realizadas con permiso de la autoridad competente en el marco del artículo 37 de la Constitución Política.

⁶⁵ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-742, septiembre 26/12.

⁶⁶ Ídem.

⁶⁷ Uprimny Rodrigo, Fuentes Adriana, Botero Catalina, Jaramillo Juan Fernando. Libertad de prensa y derechos fundamentales. Análisis de la jurisprudencia constitucional en Colombia (1992-2005). Fundación Konrad Adenauer, DeJusticia y Andiaros, 2006, citando Colombia, Corte Constitucional. Sentencia SU-667/98.

rol legítimo en el mercado de las ideas⁶⁸. Es más, dicen "(L)a expresión comercial no aporta nada al espíritu de la humanidad"⁶⁹.

Por otro lado hay quienes piensan lo contrario y sostienen que la expresión comercial es impopular entre los liberales porque es "comercial" y no le gusta a los conservadores porque es "expresión", pero

"(...) en una economía de mercado la posibilidad de dar y recibir información comercial puede ser tan importante, e incluso a veces más importante, que las expresiones de naturaleza política, artística o religiosa"⁷⁰.

En Estados Unidos las cortes aplican un test de tres preguntas para determinar si una expresión es comercial o no:

- i. Quien es el emisor del mensaje -si es o no comerciante-
- ii. Quien es el receptor o audiencia -si son clientes reales o potenciales- y
- iii. Cuál es el contenido del mensaje -si o no busca promover transacciones comerciales sobre bienes y servicios-⁷¹.

La razón por la cual se da esta distinción no es porque allí el discurso comercial merezca menos protección desde el punto de vista de la libertad de expresión⁷² sino porque sólo los discursos comerciales dan origen a procesos por competencia desleal.

La protección jurisprudencial del discurso comercial en Estados Unidos existe desde 1977, cuando se falló un caso donde se discutía si los abogados podían o no hacerse publicidad libremente en los medios de comunicación. La Corte Suprema de Justicia de ese país, en ese entonces, sentenció que la creencia según la cual los abogados están por encima del comercio era anacrónica y la publicidad es una labor esencial en las economías de mercado ya que permite

⁶⁸ Hay quienes consideran que la publicidad es esencialmente engañosa y citan como ejemplo los comerciales de televisión en los que se manipulan los sentimientos del destinatario. Ver www.ethicsscoreboard.com/list/floridalawyers.html. Recuperado el 20 de octubre de 2014.

⁶⁹ En inglés es el famoso *market place of ideas*. Lo sostiene Smolla, Rodney. "Information, Imaginery, and the First Amendment: A case for expansive protection of commercial speech." 71, Tex. L. REv. 777 (1993) citado en Brody & Johnson, Rel # 6, 5/10, Distinguishing commercial from non commercial speech, chapter 2, pag 2-5. http://www.pli.edu/public/booksamples/4906_sample2.pdf?t=WFZ0_8LBS2. Recuperado el 20 de octubre de 2014.

⁷⁰ Kozinski Alex & Banner Stewart, Who is afraid of commercial speech? 76 Va. L. Rev. 627 (1990). Note 28, at 652.

⁷¹ Estados Unidos . Kasky v. Nike, Inc., 45 PÁG. 3d 243, 248 (Cal. 2002).

⁷² La primera enmienda de la Constitución de Estados Unidos dice "El Congreso no podrá dictar ley alguna que permita adoptar una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de expresión o de prensa, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente...". Es traducción nuestra del siguiente texto: Amendment I. (1791) "*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances*".

informar al público sobre las características de los servicios que se ofrecen⁷³. Lo sancionable, según el tribunal de ese entonces, no es la información comercial en sí misma, sino el hecho de que sea engañosa y pueda inducir al público a error.

La protección que se da en Estados Unidos al discurso comercial se observa también cuando se permite a las personas hacer críticas descarnadas a las empresas. Por ejemplo un individuo creó un website denominado www.walocaust.com y otro www.wal-qaeda.com para desprestigiar a la cadena de almacenes Wal-Mart. Esta empresa lo demandó por difamación pero la Corte protegió el derecho del ciudadano a la libertad de expresión bajo el entendido de que se trataba de una parodia y ninguna persona medianamente razonable confundiría esos sitios de internet con el sitio oficial de la empresa⁷⁴.

En Colombia los discursos comerciales gozan de total protección⁷⁵ y toda limitación a la libertad de expresión se interpreta como sospechosa de entrada y debe sujetarse a un control estricto de constitucionalidad⁷⁶.

De esa amplitud de protección a la expresión publicitaria en nuestro país da cuenta la sentencia que declaró inexecutable la norma que prohibía a espiritistas, hechiceros, pitonisas, adivinos y demás personas dedicadas a actividades similares hacerse publicidad en la radio⁷⁷. La Corte explicó que es constitucionalmente admisible que una ley prohíba la publicidad comercial de una actividad legal pues es válido que las autoridades establezcan distintas formas de "mercadeo pasivo"⁷⁸ pero advirtió dicha medida debe estar claramente justificada y ser proporcional al fin requerido⁷⁹.

⁷³ Estados Unidos, U.S. Supreme Court, *Bates v. State Bar of Arizona*, 433 U.S. 350 (1977).

⁷⁴ Estados Unidos, *Smith v. Walmart Stores, Inc.* 537 F. Supp. 2D 1302 (N.D.Ga. 2008).

⁷⁵ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-442, mayo 25/11. Sin embargo, en otras sentencias la Corte ha sostenido que la expresión comercial está sujeta a un mayor control que otro tipo de manifestaciones: "La regulación de la propaganda comercial hace parte de la "Constitución económica", entendida ésta como el conjunto de normas constitucionales que ordenan la vida económica de la sociedad y establecen el marco jurídico esencial para la estructuración y funcionamiento de la actividad productiva. La publicidad está vinculada con la actividad productiva y de mercadeo de bienes y servicios, constituyendo al mismo tiempo un incentivo para el desarrollo de los actos comerciales. En este orden, la publicidad es desarrollo del derecho a la propiedad privada, a la libertad de empresa y a la libertad económica, antes que aplicación de la libertad de expresión, razón suficiente para que la publicidad y la propaganda comercial estén sometidas a la regulación de la "Constitución económica", lo que supone, como se ha dicho, un mayor control". Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-592, julio 25/12

⁷⁶ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-391, mayo 22/07.

⁷⁷ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-10, enero 19/00. Se refiere al artículo 13 de la Ley 74 de 1966 cuyo texto es el siguiente: "Por los servicios de radiodifusión no podrá hacerse propaganda a profesionales que carezcan del correspondiente título de idoneidad, ni a espiritistas, hechiceros pitonisas, adivinos y demás personas dedicadas a actividades similares".

⁷⁸ El mercadeo pasivo ocurre cuando una actividad es legal pero se prohíbe o limita su propaganda puesto que la sociedad juzga necesario desestimularla. "Este tipo de estrategias ha sido desarrollado en algunos países para, por ejemplo, controlar el abuso de sustancias psicoactivas legales, como el alcohol o el tabaco". Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-10, enero 19/00

⁷⁹ A la Corte no le parecieron suficientemente convincentes los dos argumentos ofrecidos para justificar la prohibición: "(i) desestimular que las personas acudan a espiritistas, hechiceros, pitonisas, adivinos y

Aparte de la expresión comercial, otra de las expresiones que puede ser objeto de menor protección es la "socialmente ofensiva". El problema es que es muy difícil calificar una expresión como tal⁸⁰. Cada sociedad, en cada momento de su historia, según el criterio moral imperante, decide como tratar legal y jurisprudencialmente los problemas jurídicos que surgen del enfrentamiento entre la libertad de expresión, la pornografía, la obscenidad y la indecencia.

En Estados Unidos se observan 2 tendencias sobre las expresiones obscenas:

(i) buscar un test que sirva para definir qué es o no obsceno (como el *Miller test*). Si del test resulta que una expresión es obscena, en ocasiones se ha estimado que se puede limitar su manifestación.

(ii) permitir la expresión libre de lo pornográfico, obsceno o indecente, porque tal calificación puede ser muy subjetiva.

Hace más medio siglo la Corte Suprema de Justicia norteamericana dispuso que ninguna expresión literaria o artística obscena -por ser contraria al orden público y la moralidad- estaba protegida por la libertad de expresión⁸¹. En ese entonces, la Corte estadounidense definió los materiales obscenos como aquellos que despiertan intereses lascivos o impúdicos "*prurient interest*" relacionados con el sexo. Posteriormente, en el caso *Miller v. California*⁸², la Corte Suprema insistió en que lo obsceno no era susceptible de protección legal pues

"como mínimo, las demostraciones o descripciones patentemente ofensivas y morbosas de conductas sexuales deben estar provistas de un valor literario, artístico, político o científico serio para efectos de ser protegidas por la primera enmienda".

Luego, en el caso de *Paris Adult Theater I v. Slaton*⁸³, la Corte americana insistió en que lo obsceno carecía de protección legal porque el derecho del Estado a mantener una sociedad decente estaba por encima del interés de los particulares que en esta materia serían los adultos que deseaban contemplar obras calificadas como obscenas.

Solo fue en 1974, por la época de *Jenkins v. Georgia*⁸⁴, cuando la Corte Suprema norteamericana moduló el concepto de obscenidad y sentenció que la sola muestra de desnudez no era suficiente para hacer que el material fuera

similares, por considerar que esas actividades son en sí mismas riesgosas y dañinas; y (ii) evitar que el público sea engañado por una publicidad exagerada de parte de esas personas". Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-10, enero 19/00.

⁸⁰ Este tema es tratado por Tobón Franco, Natalia y Varela Pezzano, Eduardo. "Derecho de entretenimiento para adultos". Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2010, pag. 33.

⁸¹ Estados Unidos, *Roth v. U.S.* 354 US 476 (1957).

⁸² Estados Unidos, 413 U.S. 15 (1973).

⁸³ Estados Unidos, 413 U.S. 49 (1973).

⁸⁴ Estados Unidos, 418 U.S. 153 (1974).

legalmente obsceno⁸⁵.

En el Reino Unido, aunque también se consideró durante mucho tiempo que lo obsceno carecía de protección legal, la jurisprudencia estuvo más preocupada por determinar quién era el receptor del material obsceno que por definir propiamente qué debía entenderse por tal. Es así como la ley británica sobre publicaciones obscenas de 1959 -*British Obscene Publications Act*- explicó que es obsceno todo aquello que “probablemente tienda a depravar y corromper a las personas, dadas las circunstancias, que lean, vean u oigan el asunto...”⁸⁶.

En Colombia, por el contrario, existe una sola tendencia: privilegiar la libertad de expresión en la mayoría de los casos, pues los jueces temen tomar partido por

“una determinada perspectiva de la sexualidad humana, que sirva de parámetro de juicio y exclusión de las expresiones que reflejen perspectivas diversas en este complejo y sensible tema”⁸⁷.

Aunque la industria del entretenimiento para adultos no está prohibida en el país, el Estado puede limitar el acceso de las personas a este tipo de espectáculos –por ejemplo por razones de edad⁸⁸ o localización-, reglamentar las condiciones de venta, uso, exhibición y distribución de estos productos o servicios e incluso, está en capacidad de prohibir o castigar con pena de prisión a quienes participen en estas actividades cuando se desarrollan en determinadas circunstancias, como ocurre, por ejemplo, en el caso de la pornografía infantil⁸⁹.

⁸⁵ "La pornografía es el erotismo del otro". Woody Allen.

⁸⁶ Véase este mismo análisis en la sentencia T-391, mayo 22/07 de la Corte Constitucional

⁸⁷ “(...) El orden plural establecido por el Constituyente de 1991, el respeto por la diversidad y el posicionamiento crucial de la libertad de expresión en nuestro país justifican esta postura, fundamentada en el *principio pro libertate* y respetuosa de las razones filosóficas, históricas y prácticas que compelen a las autoridades colombianas a privilegiar la libertad de expresión entre los demás derechos, valores e intereses constitucionalmente protegidos”. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-391, mayo 22/07, atrás citada—.

⁸⁸ Desde 1970 el tema de la clasificación de películas cinematográficas según la edad del auditorio ha sido un tema de gran preocupación para el legislador colombiano. En ese entonces no sólo se establecían los rangos de edades para poder asistir a las películas sino que el Decreto 1355 de ese año, en el artículo 156, establecía que sólo podrían ser prohibidas las películas que incitaran o hicieran una apología al delito. Actualmente, el artículo 22 de la Ley 1185 de 2008 establece que ninguna película podrá pasarse en salas de cine o sitios abiertos al público sin autorización previa del Comité de Clasificación de Películas, -aunque se exceptúa de este requisito la exhibición en festivales de cine- y la Resolución 1708 de 2009 del Ministerio de Cultura clasifica las películas entre películas para todo público, películas aptas para mayores de siete años, películas aptas para mayores de 12 años, películas aptas para mayores de 15 años, películas aptas para mayores de 18 años y películas para mayores de 18 años, que generalmente son las de contenido pornográfico. La misma resolución dispone que “(E)n todo caso el Comité de Clasificación de películas no podrá prohibir la exhibición de películas u ordenar la supresión de escenas” y ordena que, en el caso en que el Comité de Clasificación de Películas no se pronuncie oportunamente sobre una película que ha sido sometida a su consideración, la película se considerará apta para mayores de 12 años.

⁸⁹ Este tema es tratado en detalle en Tobón Franco Natalia y Varela Pezzano Eduardo, Derecho de entretenimiento para adultos, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2010, pag. 33.

(5) La protección de la libertad de expresión opera en doble vía pues puede ser reclamada no solo por los emisores o difusores de información -sujetos activos en el proceso comunicativo-, sino también por los receptores de la misma -sujetos pasivos-⁹⁰. Es más,

"En virtud de este derecho los receptores pueden exigir, además, cierta `calidad´ en la información recibida. Concretamente, están habilitados para exigir que sea veraz e imparcial como explícitamente lo prescribe el artículo 20 de la Carta de 1991 y, adicionalmente, que quien difunda información la diferencie `claramente de las opiniones´"⁹¹.

El carácter de doble vía de la libertad de expresión resulta patente en el caso de los funcionarios públicos. Como veíamos atrás, ellos más que nadie están obligados a informar con veracidad e imparcialidad y a corregir sus errores, inclusive, sin que medie solicitud de rectificación porque

"(...)el fin del derecho a la información pública es aportar al principio democrático y a la libre circulación de ideas que permita que la ciudadanía conozca los hechos para consolidar un pensamiento propio y crítico, lo cual no sería posible si el contenido del derecho a la información pública es que cada quien se informe y diga lo que quiera, sin exigírsele ningún sustento"⁹².

(6) Las normas sobre libertad de expresión deben interpretarse de conformidad con los instrumentos internacionales.

La interpretación de los casos relacionados con la libertad de expresión debe ser coherente no sólo con las normas y jurisprudencia nacional sino con los instrumentos internacionales y los parámetros fijados por la jurisprudencia internacional en esas materias.

En efecto, adicional al amparo que le otorga la Constitución Política de Colombia, la libertad de expresión goza de protección reforzada pues está contemplada en instrumentos internacionales que establecen estándares mínimos de protección que los Estados vinculados a estos convenios se encuentran obligados a respetar⁹³.

⁹⁰ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-627, agosto 10/12.

⁹¹ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-327, mayo 10/10

⁹² Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-627, agosto 10/12. Palabras tomadas de la intervención de DeJusticia en el proceso de la referencia.

⁹³ "El bloque de constitucionalidad relativo a la libertad de expresión ha de estar integrado por las normas internacionales, en particular el Pacto de San José y la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos, junto con las interpretaciones que de tales textos han presentado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. También ha de otorgarse un peso distinto a las opiniones, pues la naturaleza judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y su competencia sobre Colombia, implica que sus opiniones, más que tenidas en cuenta, no pueden ser ignoradas internamente". Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-1319, diciembre 13/01.

Específicamente en Colombia el artículo 93 de la Carta establece que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, hacen parte del bloque de constitucionalidad y, por tanto, prevalecen en el orden interno⁹⁴.

Internacionalmente, la libertad de expresión está consagrada en la Declaración Universal de Derechos Humanos⁹⁵ :

“Artículo 19. Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

Asimismo, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada en Colombia mediante Ley 16 de 1972, se señala:

“Artículo 13: Libertad de pensamiento y de expresión⁹⁶:

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 asegurar⁹⁷:

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

⁹⁴ Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia 38909, julio 10/13, citando Corte Interamericana de Derechos Humanos –sin especificar fuente-. De otro lado la Corte Constitucional ha dispuesto que las disposiciones que hacen parte del bloque de constitucionalidad sirven como: i) regla de interpretación respecto de la dudas que puedan suscitarse al momento de la aplicación de derechos fundamentales; ii) se aplican cuando no exista norma directamente aplicable al caso; iii) orientador de las funciones del operador jurídico, y iv) limitan la validez de las regulaciones subordinadas. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-067/03.

⁹⁵ La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Por su naturaleza no requiere de aprobación ni ratificación por parte de los Estados Miembros de la ONU.

⁹⁶ "El artículo 13 de la Convención Americana, al que en parte sirvió de modelo el artículo 19 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos], contiene una lista más reducida de restricciones que la Convención Europea y que el mismo Pacto, [aunque] sólo sea porque éste no prohíbe expresamente la censura previa".

⁹⁷ "El artículo 13.2 tiene que interpretarse de acuerdo con las disposiciones del artículo 13.3, que es el más explícito en prohibir las restricciones a la libertad de expresión mediante "vías o medios indirectos (...) encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones". Ni la Convención Europea ni el Pacto contienen una disposición comparable". García Sergio, Gonza Alejandra. "La libertad de expresión en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos". Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comisión de Derechos Humanos, Distrito Federal, México, 2007, pág. 21

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".

(7) Se trata de un derecho sin implicaciones patrimoniales relacionado con la libertad de pensamiento, reunión o asociación.

"La libertad de expresión en su genuina naturaleza no proyecta efectos patrimoniales, ella es una proyección orgánica de las libertades de la persona, particularmente de la libertad de pensamiento, como también de la libertad de reunión y de asociación. El vínculo entre estos derechos es evidente: pensar libremente, expresar lo que se piensa y hacerlo grupalmente para compartir ideas políticas, religiosas o similares, las cuales en sus orígenes filosóficos no estuvieron relacionadas con actividades económicas ni con el ánimo de lucro"⁹⁸.

(8) La censura está prohibida⁹⁹.

De manera perentoria, sin matices y sin excepciones, la censura está prohibida en Colombia. Sin embargo, el ejercicio de la libertad de expresión conlleva, en todo caso, deberes y responsabilidades concomitantes y posteriores para quien se expresa.

"De manera perentoria, sin matices, sin excepciones y sin confiar al legislador la regulación de la materia, el segundo inciso del artículo 20 dice: 'No habrá censura'. Lo anterior, por cuanto "[l]a censura es el más aberrante de los controles previos a la libertad de la prensa y de los demás medios de comunicación porque representa el mayor grado de invasión del núcleo esencial de dicha libertad. Sin embargo, no es la única modalidad de control previo. Existen muchos tipos de controles previos y a lo largo de la historia de occidente la creatividad de quienes

⁹⁸ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-592, julio 25/12.

⁹⁹ García Sergio, Gonza Alejandra. "La libertad de expresión en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos". Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comisión de Derechos Humanos, Distrito Federal, México, 2007, pág. 21.

inventan formas abiertas o sutiles, directas o indirectas, generales o específicas, de control previo parece no tener límites"¹⁰⁰.

Dicho de otra manera, el abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad posterior para quien lo haya cometido¹⁰¹.

¹⁰⁰ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-650, agosto 5/03.

¹⁰¹ García Sergio, Gonza Alejandra. "La libertad de expresión en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos". Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comisión de Derechos Humanos, Distrito Federal, México, 2007, pág.33.