

DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: MÁS ALLÁ DEL DERECHO PENAL

LUISA MARÍA URÁN BUITRAGO

Trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho  
Penal

Asesor

Alfonso Cadavid Quintero Ph.D

ESCUELA DE DERECHO  
UNIVERSIDAD EAFIT

MEDELLÍN  
2025

## **Agradecimientos**

Agradezco, primero que todo, a la Universidad EAFIT por ser mi casa durante tantos años y por permitirme realizar esta doble titulación; que, sin lugar a dudas, cambió mi vida. De igual manera, agradezco a la Universidad de Málaga por abrirme sus puertas, así como a los docentes con quienes tuve la oportunidad de compartir y aprender.

Agradezco a mi asesor, Alfonso Cadavid Quintero, por proponerme trabajar este tema, por acompañarme, por ser mi gran maestro a lo largo de tantos años y sobre todo, por siempre confiar en mí. De igual manera, le doy gracias a mi asesor en España, Manuel Arias Maldonado, por apoyar mi propuesta y por darme la oportunidad de aprender de él.

Finalmente, le doy gracias a mi familia, por apoyarme en todo momento y brindarme su amor incondicional.

Gracias.

## RESUMEN

El amparo brindado por organismos internacionales y por los Estados al derecho a la libertad de expresión ha generado la idea errónea (pero bastante común) de que la libertad de expresión cobija expresiones cargadas de odio, insultos y discriminación; olvidando por completo que los derechos al honor, la intimidad y la dignidad humana funcionan como límites infranqueables de este derecho. Las intervenciones penales, como primera línea de defensa contra los agravios que puede traer consigo la libertad de la palabra en la sociedad actual, se han quedado cortas. Los tribunales constitucionales ofrecen mecanismos para dar solución al latente conflicto entre estos bloques de derechos fundamentales.

Además, la aparición de las redes sociales cambió por completo la forma en la que nos comunicamos. La manera en la que recibimos información no es la misma: hoy estamos a un clic de distancia para enterarnos de lo que pasa en nuestro país y el mundo, a través de un medio que ha potencializado las posibilidades de afectación de los derechos de terceros, careciendo de controles efectivos frente a la posibilidad de afectar injustamente a otro. Es por esto que vale la pena idear y establecer mecanismos que permitan vivir en comunidad dentro de la ‘nueva sociedad’ que configuran las redes sociales.

Esta monografía se ocupa de analizar estas cuestiones.

## PALABRAS CLAVE:

Libertad de expresión, derecho al honor, intimidad, discursos de odio y redes sociales.

## ABSTRACT:

The protection provided by international organizations and various states to the right of freedom of speech has undoubtedly generated an erroneous but quite common idea: that freedom of speech covers expressions loaded with hatred, insults and discrimination. This notion completely forgets that the rights to honor, privacy and human dignity serve as insurmountable limits to this right. The idea of criminal intervention as the first defense mechanism against the offenses that freedom of expression can generate has been ineffective in today's society. Various constitutional courts offer mechanisms to solve the latent conflict between these blocks of fundamental rights. It is undeniable that the rise of social networks completely changed the way we communicate. Today, we are one click away to find out what is happening in our country and the world. Social networks are characterized by the immediacy of information, since they lack of censorship and respect for the other; but they play a prominent role in the search for truth. That is why it is worthwhile to devise and establish mechanisms that allow living in community within the ‘new society’ made up by social networks.

## KEYWORDS:

Freedom of expression, right to honor, privacy, hate speech and social networks.

# ÍNDICE

	Pág
<b>1. Introducción.....</b>	<b>1</b>
1.1 Reflexión inicial y justificación.....	1
1.2 Estructura del trabajo.....	6
<b>2. Libertad de expresión e información, intimidad y honor en el derecho español.....</b>	<b>7</b>
2.1 ¿Los derechos tienen límites?.....	7
2.2 Definición y concepto de libertad de expresión e información, intimidad y honor.....	8
2.2.1 Libertad de expresión e información.....	8
2.2.1.1 Distintas concepciones de libertad de expresión e información.....	9
2.2.1.2 Estados democráticos y libertad de expresión.....	10
2.2.2 Intimidad.....	11
2.2.2.1 Derecho a la intimidad en la Constitución Española.....	12
2.2.2.2 Distintas concepciones de intimidad .....	13
2.2.2.3 Intimidad en la LO 1/1982.....	14
2.2.3 Honor.....	15
2.2.3.1 Distintas concepciones de honor.....	16
2.2.3.2 Honor y derecho penal.....	18
2.3 Abordaje del conflicto entre la libertad de expresión e información y el derecho al honor por el Tribunal Constitucional Español.....	19
2.4 Conclusiones.....	21
<b>3. Posibles criterios de resolución propuestos por el Tribunal Constitucional Español.....</b>	<b>22</b>
3.1 Introducción.....	22
3.2 Libertad de expresión e información y derecho al honor .....	22
3.3 Bases doctrinales de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	23
3.4 Planteamiento de los criterios en la doctrina del Tribunal Constitucional.....	25
3.5 Criterios de resolución propuestos por el Tribunal Constitucional.....	26
3.5.1 Interés público.....	26
3.5.2 Ausencia de expresiones vejatorias (exclusión del derecho al insulto).....	27
3.5.3 Veracidad.....	28
3.5.4 Caso especial: el reportaje neutral.....	31
3.5.5 <i>Animus iniurandi</i> .....	32
3.6 Formulación de la norma adscrita.....	33
3.6.1 ¿Cómo se puede enunciar?.....	33

3.6.2 ¿Cómo se comprueba?.....	34
3.7 Ponderación.....	35
3.8 Indeterminación de la norma adscrita en sentencias del TC.....	36
3.8.1 Interés público.....	36
3.8.2 Veracidad.....	39
3.8.3 Ausencia de expresiones vejatorias.....	41
3.9 Conclusiones.....	43
<b>4. Dilemas a los que se enfrenta el derecho a la libertad de expresión: Redes sociales y discursos de odio.....</b>	<b>45</b>
4.1 Redes sociales y libertad de expresión.....	46
4.1.1 Linchamiento digital.....	47
4.1.2 <i>Fake news</i> o noticias falsas.....	48
4.2 Discursos de odio.....	49
4.2.1 ¿Criminalizar los discursos de odio?.....	50
4.2.2 ¿Regular los discursos de odio ( <i>odium dicta</i> )?.....	51
4.2.3 Límites al discurso de odio.....	54
4.3 ¿Qué hacer con el derecho a la libertad de expresión?.....	55
4.3.1 ¿intervención estatal?.....	55
4.3.2 ¿Intervención penal?.....	57
4.3.3 ¿Control administrativo de las expresiones?.....	58
4.3.4 ¿Regular el contenido en las redes sociales?.....	61
4.3.4.1 Conclusión.....	62
4.4 Delitos de injuria y calumnia.....	62
4.4.1 En España.....	62
4.4.2 Conclusión.....	63
<b>5. ¿Qué sucede con el derecho a la libertad de expresión en Colombia?.....</b>	<b>64</b>
5.1 Límites al derecho a la libertad de expresión e información.....	64
5.2 Ponderación y mecanismos de protección de derechos fundamentales.....	66
5.2.1 Derecho de petición y derecho de rectificación.....	67
5.2.2 Acción de tutela.....	67

5.2.3	Injuria	y	
calumnia.....			68
5.3	Reseña	de	casos
Colombia.....			representativos
			en
			69
5.3.1	Pastor	tildado	de
sociales.....			estafador
			en
			las
			redes
			69
5.3.2	Caso Nicolás Castro.....		70
5.3.3	Caso Vicky Dávila	y	la
anillo.....			comunidad
			del
			71
<b>6.</b>	<b>Conclusiones.....</b>		<b>73</b>
<b>7.</b>	<b>Reflexiones finales.....</b>		<b>75</b>
<b>8.</b>	<b>Bibliografía.....</b>		<b>76</b>
<b>9.</b>	<b>Anexos.....</b>		<b>86</b>



# 1. INTRODUCCIÓN

*“No estoy de acuerdo con lo que dices,  
pero defenderé con mi vida tu derecho a expresarlo”*  
E. B. Hall

*“Si la justificación para la supresión de derechos y garantías es la seguridad de los  
ciudadanos frente a los enemigos, ¿cuál será la justificación de mañana?”*  
G. Jakobs

## 1.1 Reflexión inicial y justificación

A lo largo de la historia, el ser humano ha encontrado en el humor (específicamente, en la risa y la burla) un valioso instrumento para olvidar sus problemas y evitar el dominio absoluto por parte de sus gobernantes. El humor es un fenómeno universal que ha estado presente en los momentos más desgarradores de la historia de la humanidad: es el fundamento de las sociedades, ha evolucionado a la par de estas y es capaz de adaptarse al mundo cambiante. El humor configura una herramienta indispensable para la comprensión de la realidad, que permite unir o separar grupos. En definitiva, supone un arma o instrumento: para excluir utilizando el ridículo o para unir a los que se satisfacen con este. Lo cierto es que el humor es un fenómeno social que se manifiesta por medio de chistes, caricaturas<sup>1</sup>, risas, obras de teatro, sátiras, etc. Es un asunto que, de cierta manera, se encuentra vinculado a la identidad de los pueblos; por medio de estas manifestaciones, encuentran espacios de libertad de expresión, donde pueden desahogarse y exponer sus inconformidades.

Muchas veces, el humor sobrepasa las fronteras del respeto, legitimando el derecho a la blasfemia y normalizando dejar en ridículo a los demás (incluso, vituperando sus creencias más sagradas), algunos consideran que esta situación amerita correctivos jurídicos. Otros, por el contrario, piensan que quienes se ofenden por este tipo de acciones carecen de convicciones y, por ende, tienen que recurrir a la violencia como único mecanismo para defenderse de los ataques.

No obstante, ¿es posible reírse de todo? Los regímenes en sus formas puras –monarquía, aristocracia y democracia- y corruptas –tiranía, oligarquía y demagogia- se rieron de sus víctimas, las invisibilizaron y, posteriormente, banalizaron su dolor y su muerte. Pero el humor también fue un instrumento para combatir el terror: el chiste contra ellos sirvió para desnudar sus intenciones y encontrar, en medio de la tragedia, una forma de olvidar el terror por el que estaban pasando. El siglo pasado fue testigo de grandes atrocidades contra la vida de miles de hombres sacrificados por no pertenecer a un grupo social determinado: mientras unos eran masacrados y arrojados en fosas como sujetos sin nombre, otros gozaban de la ‘nueva’ sociedad que se estaba creando, digna de “hombres mejores”.

---

<sup>1</sup> “Las caricaturas, como dice Víctor S. Navasky, tienen un poder que supera el chiste escrito y ofenden mucho más «porque por definición las caricaturas son exageradas, injustas y, sin embargo, no hay manera de darles réplica...» (Navasky, 2013)” (Borrero et al en Perceval, 2015, p. 21).

La risa configura la base de las relaciones humanas, predice el lenguaje, genera empatía. Casi cualquier cosa puede hacernos reír; es por esto que el humor es considerado como un proceso y no como una actitud ni un comportamiento<sup>2</sup>. “Nos reímos de algo, de alguien, contra algo, contra alguien. Una persona se ríe para superar una situación ilógica; otra nos hace reír creando una situación ilógica que solo podemos superar riendo. Reímos de cosas diversas y, a veces, nuestro cerebro nos indica que no deberíamos reírnos de aquello de lo que nos estamos riendo”<sup>3</sup>. El humor es un instrumento simultáneamente útil y peligroso en las relaciones sociales; pero, en cualquier caso, siempre presente. Evidentemente, es posible reírse incluso de los acontecimientos más dolorosos y trágicos; pues, como mecanismo de protección innato en los seres humanos, resulta imprescindible reírnos de lo que nos asusta<sup>4</sup>.

El 7 de enero de 2015 fueron asesinadas diecisiete personas en París. Los atentados estuvieron enmarcados en una estrategia de terror del autoproclamado Estado Islámico (sucesor de Al Qaeda), grupo que se caracteriza por emplear las redes sociales para publicitarse por medio de símbolos que desean “vender” a los occidentales. El objetivo fue *Charlie Hebdo*, revista acusada de ofender al Islam. Ante tales hechos, la población francesa salió a las calles conmovida por lo sucedido: alrededor de cuatro millones de personas marcharon por las calles de París y de otras ciudades francesas, incluyendo líderes políticos de Francia y otros países. Los marchantes portaban pancartas que decían “yo soy Charlie, yo soy policía, yo soy musulmán, yo soy judío, yo soy francés” (Perceval, 2015, p. 7). El consenso de la población era claro: los parisinos habían sido víctimas de un monstruoso atentado; de la acción inhumana de un grupo terrorista que atacó sin piedad a una revista de humor, convirtiéndola en objetivo militar por las caricaturas que publicaban reiteradamente contra esa religión.

Ante el suceso, los periodistas y medios de comunicación mostraron su respaldo a la revista, arguyendo que el derecho a la libertad de expresión debía ser respetado, pues en una sociedad libre siempre debe primar la libertad de pensamiento. ¿Pero qué pasa con el grupo religioso que se sintió atacado y discriminado? Para nadie es un secreto que las personas que practican el Islam son objeto de constantes burlas y bromas; además de la reiterada discriminación que sufren por sus creencias<sup>5</sup>. Pero quizás la forma más dolorosa y desgarradora de segregación es la derivada de la errónea (pero constante) creencia occidental de que los practicantes de esta religión pertenecen a grupos radicales. Es común, ante un atentado terrorista, escuchar a muchos endilgando la responsabilidad de los hechos a los musulmanes, incluso antes de conocer lo que en realidad sucedió; lo mismo pasa en aeropuertos y restaurantes. El inminente y creciente rechazo a esta población está directamente relacionado con el atentado a las Torres Gemelas del 11 de septiembre de 2001. Este hecho terrorista encendió las alarmas y satanizó por completo a las personas originarias del Medio Oriente.

Germán Teruel señala acertadamente que “asumir las implicaciones de reconocer la libertad de expresión exige una sociedad madura y tolerante. Esa madurez y tolerancia se

---

<sup>2</sup> Scott Wems citado en Perceval, 2015, p. 30.

<sup>3</sup> Perceval, 2015, p. 31.

<sup>4</sup> “Los miedos van unidos al humor. Sea el pánico al hambre, a la peste, a los demonios, o los terrores modernos, a la revolución, a los totalitarismos, a los fundamentalismos, a las crisis económicas. Cada uno de estos miedos provoca oleadas de humorismo compensatorio” (Borrero et al en Perceval, 2015, p. 19).

<sup>5</sup> Vale la pena precisar que, no cualquier crítica puede considerarse como una forma de discriminación o ataque.

demuestran, por un lado, con el ejercicio responsable de la libertad. Algo que no se puede imponer jurídicamente, sino que depende de la educación cívica” (Teruel Lozano, 2017, p. 195). De cara a ello, la premisa inicial de este trabajo de investigación es que el derecho a la libertad de expresión cuenta con un enorme amparo, tanto en organismos internacionales como en los ordenamientos jurídicos de cada país. Esta amplia protección impone, sin lugar a dudas, un gran desafío, toda vez que puede acarrear consecuencias negativas para otros derechos; principalmente: la dignidad, la intimidad y el honor. Lo cierto es que estos derechos tienen igual relevancia y operan como límites infranqueables del derecho a la libertad de expresión. Lo anterior queda en evidencia diariamente: basta consultar medios de comunicación, redes sociales e incluso sentencias judiciales para constatar que la libertad de expresión, en la mayoría de los casos, gana la batalla frente a los otros derechos fundamentales.

A primera vista, una lectura de los principales instrumentos jurídicos internacionales evidencia que son altamente protectores de la libertad de expresión: todos protegen este derecho sin cabida a restricciones, ni limitaciones. A continuación, se presenta un breve contexto jurídico, político, funcional y crítico sobre la configuración que los instrumentos internacionales le han otorgado a este derecho.

Con respecto a su estatus jurídico, el derecho a la libertad de expresión aparece como central para el conjunto de derechos humanos fundamentales. Así lo reconocen distintos instrumentos internacionales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), pues la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)<sup>6</sup>, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH)<sup>7</sup> y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, por sus siglas en inglés)<sup>8</sup> coinciden en consagrar a la libertad de expresión como un derecho fundamental. Dentro del SIDH, este derecho se entiende como derivado de la dignidad humana y la autonomía de la persona; asimismo, funciona como un medio para el ejercicio de otros derechos complementarios.

En cuanto a su estatus político, el derecho a la libertad de expresión se concibe como una condición sin la cual no sería posible la democracia (Botero Marino et al, 2017). De esta forma, se vuelve una herramienta para denunciar, discutir, cuestionar y opinar sobre todos los aspectos de la vida individual y social. En ese sentido, las limitaciones a la libertad de expresión indicarían que hay cosas que no se pueden denunciar, discutir, cuestionar u opinar públicamente.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) le asigna al derecho a la libertad de expresión tres funciones específicas:

---

<sup>6</sup> “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” (AGNU, 1948, art. 19).

<sup>7</sup> “Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y de difusión del pensamiento por cualquier medio” (OEA, 1948, art. 4).

<sup>8</sup> “Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones; Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideraciones de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección” (AGNU, 1966, art. 19).

En primer lugar, es un *medio de realización del ser humano*. La libertad de expresión es “uno de los derechos individuales que de manera más clara refleja la virtud que acompaña—y caracteriza—a los seres humanos: la virtud única y preciosa de pensar al mundo desde nuestra propia perspectiva y de comunicarnos con los otros para construir a través de un proceso deliberativo, no solo el modelo de vida que cada uno tiene derecho a adoptar, sino el modelo de sociedad en el cual queremos vivir” (RELE de la CIDH, 2009, párr. 7). Por lo anterior, se entiende que ejercer libremente este derecho define la naturaleza de los individuos, su capacidad de ver y apreciar el mundo y la manera en que cada uno quiere ser parte de este.

En segundo lugar, es la *condición esencial para la democracia*. Para la CIDH, la libertad de expresión tiene una relación “estructural con la democracia” (Corte IDH, 1985, párr. 70), a tal punto que varios organismos latinoamericanos la califican “como ‘estrecha’, ‘indisoluble’, ‘esencial’ y ‘fundamental’” (Botero Marino et al, 2017, p. 31). La relación entre el derecho a la libertad de expresión y la democracia es tan estrecha que “el objetivo mismo del art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es el de fortalecer el funcionamiento de sistemas democráticos pluralistas y deliberativos mediante la protección y el fomento de la libre circulación de información, ideas y expresiones de toda índole” (Corte IDH, 1985, párr. 70).

En tercer y último lugar, es un *instrumento para el ejercicio de otros derechos humanos*. De acuerdo con la CIDH, “la carencia de libertad de expresión es una causa que contribuye al irrespeto de los derechos humanos” (CIDH, 1997, párr. 72), pues esta constituye una garantía para el ejercicio de otros derechos como la libertad de culto, la educación, la igualdad, entre otros.

Con respecto a sus límites, el derecho a la libertad de expresión salvaguarda incluso aquellos “discursos chocantes, ofensivos y perturbadores” (RELE de la CIDH, 2009, párr. 30). Esto “es así independientemente de lo chocante, extravagante, inaceptable, indecente, ofensivo, absurdo, perturbador, escandaloso, inquietante, desagradable, vulgar, ordinario, inusual, irrazonable, extraño o grosero que pueda considerarse el contenido de lo que se habla, escribe o expresa de cualquier modo en un momento social determinado” (Botero Marino et al, 2017, p. 59). En palabras de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE) de la CIDH, “esta presunción general de cobertura de todo discurso expresivo se explica por la obligación primaria de neutralidad del Estado ante los contenidos, y, como consecuencia, por la necesidad de garantizar que, en principio, no existan personas, grupos, ideas o medios de expresión excluidos *a priori* del debate público” (2009, párr. 30). La regla anterior ha sido defendida y aplicada no solo por la CIDH, sino también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), como una exigencia básica del espíritu de pluralismo y libertad de cualquier democracia (Botero Marino et al, 2017, p. 59).

Por todo lo anterior, resulta claro que los organismos internacionales se han encargado de darle un carácter complejo, amplio y, sobre todo, relevante a la libertad de expresión. Al ser una libertad fundamental, múltiples derechos dependen de ella para garantizar su protección. Igualmente, tiene injerencia en dimensiones individuales y sociales; en tanto, posibilita la libre manifestación de opiniones, ideas y posiciones relativas tanto a la persona como a la comunidad. En ocasiones, esto permite vulneraciones de las garantías de los otros derechos (como la difusión de estereotipos racistas en medios de comunicación, por ejemplo). Ante

tales escenarios, muchas veces resulta difícil discernir si existen límites a la libertad de expresión.

¿En realidad, todo vale? Con este trabajo de investigación, se busca identificar los límites de la libertad de expresión ante los discursos intolerantes, cargados de odio y violencia. Además de resaltar el rol determinante de los nuevos medios de comunicación masiva al difundir y replicar noticias sobre expresiones ofensivas que, aunque vulneran derechos fundamentales, son amparadas en muchos casos por la libertad de expresión. Por ello, el debate sobre si es necesaria la intervención del derecho penal ante este tipo de expresiones continúa. Algunos consideran que una intervención institucional sería inevitablemente represora; otros creen que es importante alguna restricción para salvaguardar los derechos fundamentales vulnerados por el carácter ilimitado de la libre expresión.

Inicialmente se analizará el desarrollo que la Constitución Española y el Tribunal Constitucional de ese país han dado a los derechos a la libertad de expresión e información, honor e intimidad; para poder comprender el abordaje que se le ha dado al conflicto objeto de estudio, e identificar los criterios de resolución que han sido propuestos por la jurisprudencia y la doctrina.

Luego se analizará en la incidencia que en la libertad de expresión adquiere un nuevo enfoque con la expansión de las redes sociales. Así pues, no resulta extraño que, en la actualidad, las redes sociales se hayan consolidado como el principal medio de acceso a la información de las personas. Tales plataformas, en principio, no realizan control sobre los contenidos publicados en la red por los usuarios; lo que implica que “la opinión, pensamiento y/o idea de una persona que antes era invisible porque no podía acceder a los tradicionales medios de comunicación o, en el mejor de los casos, accedía con un filtro que realizaba la televisión, radio o periódico, hoy en día se puede difundir y conocer de manera inmediata en el mundo con un solo clic, sin que sobre esta recaiga control previo alguno” (Rojas Bonilla y García Núñez, 2016, p. 68). Con todo, vale la pena reconocer que la red social X ha emprendido controles sobre lo que sus usuarios publican en ella, restringiendo (e, incluso, eliminando) los comentarios que vulneren la política relativa a las conductas de incitación al odio. Con relación a las noticias falsas, ha desarrollado una nueva función para, en el caso determinado, restringir y eliminar los tuits que difundan contenido engañoso. Es el caso, por ejemplo, del presidente de Estados Unidos, Donald Trump, quien, en la jornada electoral de noviembre de 2020, vio varios de sus tuits eliminados por la red social, al considerar que el contenido compartido constituía un engaño.

Esto, sin lugar a dudas, impone nuevos retos al derecho. El principal desafío, quizás, es el de regular, desde el Estado, el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas en la web. No obstante, a su vez —y es ahí donde radica el mayor desafío—, debe garantizar la protección de los derechos a la dignidad, el honor y la intimidad, que normalmente se vulneran a través de discursos de odio y discriminación dirigidos hacia personas o grupos particulares. Vale la pena, entonces, preguntarse si el derecho penal es el instrumento adecuado para hacerle frente al conflicto entre los bloques de derechos fundamentales antes mencionados. Ello se debe a que los medios de información virtuales y las redes sociales son, hoy en día, contextos idóneos para que los individuos expresen ideas y puntos de vista. Muchas veces, tales expresiones se realizan vulnerando otros derechos fundamentales, que cuentan con igual relevancia dentro de los ordenamientos jurídicos.

## 1.2 Estructura del trabajo

El trabajo se divide en cuatro capítulos, subdivididos en epígrafes para su ordenada lectura. El primero se denomina “Libertad de expresión e información, intimidad y honor en el derecho español”. Este tiene la finalidad de exponer de manera clara y concisa los conceptos de honor, intimidad y libertad de expresión e información; aportando diversas ópticas de análisis desde la doctrina, la jurisprudencia y la ley. Seguidamente, se presenta el abordaje del conflicto entre la libertad de expresión e información y el derecho al honor por el Tribunal Constitucional (TC) español; para, finalmente, ofrecer unas breves conclusiones sobre lo señalado en el capítulo.

El segundo apartado se titula “Posibles criterios de resolución propuestos por el Tribunal Constitucional Español”. En primer lugar, se abordan los derechos analizados desde lo estipulado por la Constitución Española (CE). A su vez, se enuncian las bases doctrinales de la jurisprudencia del Alto Tribunal, donde se reconoce que la libertad de expresión configura una garantía de las relaciones sociales. Posteriormente, se estudian de manera detallada los criterios propuestos por la doctrina del TC, que van desde el análisis del criterio de interés público hasta el criterio de *Animus Iniurandi*; para luego explicar en qué consiste el criterio de norma adscrita, cómo se enuncia, cómo se prueba, en qué se diferencia con la ponderación y cuáles son los posibles problemas cuando se analizan esos criterios. Finalmente, se aportarán algunas conclusiones sobre el capítulo desarrollado.

El tercero se denomina “Dilemas a los que se enfrenta el derecho a la libertad de expresión: Discursos de odio y redes sociales”. Inicialmente, se desarrolla una breve introducción, fundada principalmente en el dilema que actualmente representa el uso de las redes sociales con respecto a la libertad de expresión. Posteriormente, se abordan de manera más detallada los conceptos de linchamiento digital y de las conocidas como *fake news*. Más adelante, se exponen el origen y el concepto de los discursos de odio, si deben o no ser criminalizados o regulados y cuáles son sus actuales límites. Luego, se pondera si es adecuada una intervención estatal; asimismo, se define cuál debería ser el rol del derecho penal. A su vez, se expone de manera breve la configuración de los delitos de injuria y calumnia en los ordenamientos jurídicos de España y Colombia, para tener una idea de sus semejanzas y diferencias. Más adelante, se plantea el interrogante de si el contenido en las redes sociales debería ser regulado. Finalmente, se ofrecen algunas conclusiones del apartado descrito.

El último capítulo se denomina “¿Qué sucede con el derecho a la libertad de expresión en Colombia?”. En primer lugar, se realiza una breve introducción, explicando la connotación constitucional que se le ha dado al derecho a la libertad de expresión e información en el país. Posteriormente, se abordan los límites constitucionales desarrollados por la Corte Constitucional al derecho a la libertad de expresión e información. Más adelante, se exponen los mecanismos de protección a derechos fundamentales como el honor y el buen nombre. Finalmente, se exponen algunos casos representativos de conflictos entre los derechos fundamentales objeto de estudio y cómo han sido resueltos por los operadores jurídicos.

En últimas, se brindan ciertas conclusiones generales y se cierra el análisis con una breve reflexión final.

## 2. LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN, INTIMIDAD Y HONOR EN EL DERECHO ESPAÑOL

*“Los derechos y libertades fundamentales no son absolutos, pero tampoco sus límites”*  
(Carmona Salgado, 1991, p. 63)

### 2.1 ¿Los derechos tienen límites?

El artículo 20 de la CE no concibe ningún derecho como absoluto; por el contrario, plasma límites basados en la dignidad y en los derechos de los demás (derechos que deben estar ubicados en el mismo rango, para conservar así el orden y la estructura social)<sup>9</sup>. Asegurar que los derechos poseen límites naturales resulta idealista y convencional, considerando el comportamiento humano y la estructura de los ordenamientos jurídicos de los Estados actuales. En consecuencia, es preocupante que, en el marco de la legislación tradicional, el derecho penal se limite a una función restrictiva y negativa, especialmente en lo que respecta al ejercicio limitado de los derechos y libertades. Esta atribución del derecho penal no solo opera como una mera instancia protectora de los derechos (función positiva), sino que también se concibe como un límite natural (función negativa), desvirtuando así el sentido del *ius puniendi* en relación con las libertades públicas.

Asegurar que los derechos poseen límites naturales resulta idealista y convencional, considerando el comportamiento humano y la estructura de los ordenamientos jurídicos de los Estados actuales. En consecuencia, es preocupante que, en el marco de la legislación tradicional, el derecho penal se limite a una función restrictiva y negativa, especialmente en lo que respecta al ejercicio limitado de los derechos y libertades. Esta atribución del derecho penal no solo opera como una mera instancia protectora de los derechos (función positiva), sino que también se concibe como un límite natural (función negativa), desvirtuando así el sentido del *ius puniendi* en relación con las libertades públicas.

El derecho penal no debería ser concebido únicamente como una instancia limitadora y sancionadora, sino también como protectora y garante de las libertades, cumpliendo una función positiva y no represiva; en el que toda restricción de la libertad individual se reduzca a lo estrictamente necesario, sea proporcionada y se lleve a cabo conforme a los medios propios del derecho, es decir, que el derecho penal sea regido por principios (Silva Sánchez,

---

<sup>9</sup> “Hoy en día, tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia constitucional se ha admitido que no existen derechos ilimitados, sino que todo derecho tiene sus límites (...). La doctrina ha defendido la existencia de límites internos de los derechos y libertades, entendiendo por tales aquellos que derivan del propio concepto del derecho y de las facultades que de él derivan, bien determinados legalmente o por la propia Constitución, y límites externos, derivados no del propio concepto del derecho o libertad, pero necesarios para proteger este propio concepto o bienes protegidos constitucionalmente” (Goig Martínez, 2006, p. 36).

1992, pp. 17-41). El castigo por el ejercicio inadecuado del derecho a la libertad de expresión solo debería ser legítimo en el caso en que sea determinante y necesario tutelar ciertos bienes jurídicos, pero no por la supuesta invasión de unos límites naturales (inexistentes) de ese derecho (García-Pablos de Molina, 1984, pp. 207-212). De lo anterior, surgen una serie de premisas para revisar los límites impuestos por el sistema tradicional positivista y los excesos en su ejercicio.

García-Pablos aduce que se deben tener en cuenta cuatro supuestos clave en el análisis del derecho penal y las libertades. El primero es la naturaleza plural del orden social, por lo que su imagen monolítica no se ajusta a la realidad. El segundo es que el ejercicio legítimo de las libertades no puede sustraerse a la relatividad y conflictividad del orden social que le sirve de soporte. El tercero es la necesidad de reconocer que no existen límites «naturales», pacíficos e indiscutibles en el ejercicio de los derechos, pues el carácter plural y conflictivo del orden social crea una interdependencia funcional de los derechos en él y una actitud esencialmente valorativa en el jurista. Finalmente, el último supuesto es la naturaleza subsidiaria de *ultima ratio* y función positiva del derecho penal como máxima instancia protectora de las libertades: esta no opera como límite natural de las libertades, sino como su más eficaz garantía (de esta forma, el castigo del ejercicio abusivo de un derecho no es cuestión de principios, sino de protección del sistema de libertades; que se vería amenazado por una vulneración impune y generalizada de bienes jurídicos concretos, como el honor y la intimidad) (García-Pablos de Molina, 1984, pp. 376-382).

En esta línea, Berdugo asegura que no existen límites naturales a los derechos. Ello referiría a una concepción jurídica anticuada, que desconoce la realidad del sistema social y el progreso de los criterios de interpretación jurisprudencial. El reconocer la existencia de derechos fundamentales ilimitados supone que la solución a los casos que susciten conflicto sean condicionados por una serie de factores, que van desde contemplar el desarrollo de las distintas consideraciones de alguno de estos derechos frente al Estado hasta la dificultad de precisar su contenido jurídico (que llevan en muchos casos a arraigar el conflicto) (Berdugo Gómez de la Torre, 1987, p. 53). Por tanto, “ni la libertad de expresión ni ninguna otra, pueden ser concebidas desde el momento en el que se desarrollan en un plano colectivo con carácter absoluto su ejercicio, tiene que ajustarse, no solo a las normas como expresión formal del ordenamiento, sino también a los valores y postulados que lo integran materialmente, debiendo coexistir con los demás principios y derechos, lo que origina un conjunto de limitaciones con carácter extrínseco concretados en ella” (Morillas Cueva, 1981, p. 673).

## **2.2 Definición y concepto de libertad de expresión e información, intimidad y honor**

El conflicto entre la libertad de expresión e información y el derecho al honor puede ser definido como la oposición entre dos modalidades deónticas procedentes del derecho al honor, por un lado, y la libertad de expresión e información, por otro; cada una perteneciente a distintos titulares, consistente en el acto de manifestar un pensamiento, opinión, o información que en uno de ellos está permitido por tales libertades y, a la vez, prohibido por el derecho al honor del otro (Mendoza Escalante, 2007, p. 486).

Para entender el conflicto entre derechos fundamentales, resulta relevante conocer en qué consiste cada uno de estos derechos, cuáles son sus definiciones (si las tienen) y qué

problemas pueden derivarse de estas. Por ello, en las siguientes líneas, antes de adentrarse en el abordaje del conflicto entre derechos fundamentales, serán abordados los derechos al honor, a la intimidad y, por supuesto, a la libertad de expresión e información.

## *2.2.1 Libertad de expresión e información*

El artículo 20 de la CE reconoce el derecho fundamental a la libertad de expresión e información del que son titulares todos los ciudadanos. Se reconocen estas dos libertades públicas que, aunque ostentan una afinidad a nivel conceptual, son constituidas de forma separada. El objeto de tutela de ambas es distinto: la libertad de expresión está encaminada a proteger la libre exteriorización de las opiniones<sup>10</sup>, mientras que la libertad de información resguarda la libre exteriorización de los hechos objetivos y verificables. Podría afirmarse que la libertad de expresión se compone de tres elementos básicos recogidos en la CE: la libertad ideológica, la libertad y el derecho a recibir información veraz y la libertad de expresar la propia opinión. “Si faltara uno de estos tres elementos, o no fuera posible su ejercicio, no habría libertad de expresión” (De Carrera Serra, 1996, p. 39).

En este sentido, se puede considerar que la libertad de expresión es el género que incluye tanto la libertad de expresar opiniones como la libertad de informar hechos, siendo ambos aspectos esenciales para el pleno ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Saavedra López considera que se debe partir de la libertad de pensamiento y que esta se manifiesta de diferentes formas. Por una parte, se encuentra la libertad de opinión y de conciencia, concebida como el derecho a no ser discriminado ni molestado por acoger ciertas ideas o creencias. Por otra, la libertad de manifestación y de comunicación de tales ideas o creencias; manifestándose, en el plano religioso, en la libertad de cultos y, en el plano educativo y científico, en la libertad de expresión. Así pues, la libertad de expresión, en general, es el derecho a difundir públicamente información e ideas de toda índole, por cualquier medio y ante cualquier auditorio (Saavedra López, 1987, p. 18).

### 2.2.1.1 Distintas concepciones de libertad de expresión e información

El TC español ha establecido que el derecho a la libertad de expresión es distinto a la libertad de información. La primera libertad consagrada en el artículo 20.1 a) tiene por objeto la expresión de pensamientos, ideas y opiniones, es un concepto amplio dentro del cual deben incluirse los juicios de valor y las creencias y la segunda libertad, prevista en el artículo 20.1 d) el comunicar y recibir libremente información sobre los hechos, o quizás restringidamente, sobre los hechos que puedan ser considerados como noticiables (STC 107/1988, FJ 2). Esta concepción dual se aparta de la propuesta unificadora, defendida por algún sector de la doctrina y acogida en los artículos 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

---

<sup>10</sup> Se ha advertido que “el bien jurídico protegido con la consagración de este derecho constitucional no es la libertad de opinión personal, sino la comunicación particular o pública de las ideas o juicios” (Gálvez en Garrido Falla, 1980, p. 262).

Políticos<sup>11</sup> y 10.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales<sup>12</sup>.

Algunos autores, alineados con la doctrina del TC, han aducido que “la libertad de pensamiento es el origen de la libertad de expresión; no es posible expresar nada si previamente no existe un pensamiento que expresar. A su vez, la libertad de expresión dará lugar con posterioridad a la libertad de información. De forma que expresión e información no son, sino, la forma de manifestación externa de la libertad de pensamiento” (López Ulloa, 1994, p. 39)<sup>13</sup>. La doctrina del TC aduce de manera expresa que la libertad de expresión es una libertad pública que se deriva de la libertad de creencias<sup>14</sup>. Los argumentos expuestos antes podrían tener una explicación, como en los casos anteriores, en los orígenes de los derechos: las manifestaciones de la libertad individual surgieron en la sociedad misma, en la comunidad política, y cada vez fueron más reconocidas y garantizadas jurídicamente frente al ejercicio del poder. Claramente, estos reconocimientos van a depender del momento histórico y de la clase políticamente activa en una época.

La libertad de expresión, en sentido amplio, surge de necesidad y posibilidad de exteriorizar las creencias, convirtiéndose así en una condición necesaria para el ejercicio de la libertad individual (Polo Sabau, 2002, p. 20). La libertad de expresión es un derecho fundamental que plasma los valores superiores de los ordenamientos, ya que se encuentra ligada a la libertad y al pluralismo; además de que es un presupuesto para el ejercicio de otras libertades, otorgándoles la propulsión que necesitan para lograr su plenitud (García Herrera, 1982, p. 150). Se ha dicho, incluso, que ostenta una verdadera “condición de humanidad, es decir, de conducta potencialmente moral, reflexiva y consciente, que exige opciones asumidas en libertad. Es así, base de la existencia individual y colectiva como existencias libres” (Fernández Miranda, 1984, p. 47). Esta perspectiva ha sido respaldada por jurisprudencia del TC y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). La libertad de expresión es vista como el fundamento de otras libertades públicas. Con esto, no se está cuestionando el carácter predominante de la libertad de creencias; por el contrario, se está arguyendo que la libertad de exteriorización de las creencias es la que precisamente puede ser objeto de tutela en distintos ámbitos de actividad de los sujetos.

El TEDH, cuando interpreta el significado de los derechos a la libertad de asociación y a la libertad de reunión, hace resonar el innegable vínculo entre estos y la libertad de expresión: “La protección de las opiniones y la libertad de expresarlas constituye uno de los objetivos de la libertad de reunión y de asociación consagradas por el artículo 11 [del Convenio de Roma]” (TEDH, 1998). El TC, en el mismo sentido y de manera más concreta, define el derecho a la libertad de reunión como una proyección de la libertad de difusión del

---

<sup>11</sup> “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”

<sup>12</sup> “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”.

<sup>13</sup> En este mismo sentido, “la centralidad de la libertad de creencias, en el ámbito de las libertades públicas, la convierte, así, en la primera de las llamadas libertades espirituales, de manera que la libertad de conciencia, la libertad de expresión, la libertad de educación, (...) son una simple proyección de la libertad ideológica y religiosa” (Souto Paz, 2007, p. 28).

<sup>14</sup> En la STC 20/1990, FJ 4, se señala lo siguiente: “Queremos destacar la máxima amplitud con que la libertad ideológica está reconocida en el artículo 16.1 de la Constitución, por ser fundamento, juntamente con la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes”.

pensamiento: “El derecho de reunión es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria (...), que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio de intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones” (STC 85/1988, FJ 2). Estas concepciones no difieren de la definición doctrinal del contenido de la libertad de expresión como “el derecho a comunicar libremente, bien de manera directa, bien a través de un medio cualquiera de difusión, las ideas, las opiniones y las noticias” (Fernández Miranda, 1984, p. 509).

#### 2.2.1.2 Estados democráticos y libertad de expresión

La libertad de expresión es, quizás, uno de los derechos fundamentales más cercanos a la esfera central de lo que puede entenderse como Estado Liberal democrático. Además de ser un derecho subjetivo, ostenta una dimensión objetiva que la hace merecedora de una especial consideración en el sistema español. La libertad de expresión instituye un verdadero presupuesto para la libre formación de una institución política básica en un Estado Democrático, como lo es la opinión pública (Polo Sabau, 2002, p. 23). Por ello, además de su condición de derecho subjetivo, adquiere una condición de garantía institucional<sup>15</sup>. Lo anterior es concretado por la jurisprudencia constitucional, cuando se refiere al art. 20 de la CE en los siguientes términos: “Se trata ante todo de un derecho de libertad, por lo que básicamente significa ausencia de interferencias o de intromisiones de las autoridades estatales en el proceso de comunicación. Sin embargo, en otro plano significa el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada al pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito de funcionamientos del Estado Democrático” (STC 12/1982, FJ 3).

En síntesis, la correcta formación de una opinión pública libre depende indiscutiblemente del ejercicio de la libertad de expresión. Es, entonces, la opinión pública libre una condición necesaria para el desarrollo del pluralismo político, que es presupuesto fundamental en un sistema liberal democrático. El carácter instrumental de la libertad de expresión queda en evidencia, de cierto modo, al revelarse su esencialidad al interior de la democracia (Polo Sabau, 2002, p. 24). Lo anterior ha llevado a afirmar que “los derechos del artículo 20.1 no solo garantizan una institución política, sino que garantizan, nada más ni nada menos, el propio sistema democrático” (Llamazares Calzadilla, 1999, p. 45).

#### *2.2.2 Intimidad*

El derecho a la intimidad, como los demás derechos fundamentales, se configura como un derecho negativo; esto es, un derecho de defensa, un derecho subjetivo. Es considerado como fundamental, pues la esfera de libertad del sujeto es ilimitada en principio, mientras que las

---

<sup>15</sup> Concebir el derecho a libertad de expresión como una garantía institucional no es un debate pacífico a nivel de doctrina, así como tampoco a nivel práctico. “La libertad de expresión ostenta una naturaleza dual, participando de los caracteres tanto de la garantía institucional como del derecho fundamental” (Llamazares Calzadilla, 1999, pp. 43-46)

facultades del Estado para intervenir en este son inicialmente limitadas. Schmitt concibe a la intimidad de esta forma, sugiriendo que lo que hoy se considera como derecho a la intimidad y sus manifestaciones constituyen derechos fundamentales de defensa y son absolutos, dado que responden al principio de distribución. Esa propuesta parece haber sido aceptada por la Constitución Española, en sus artículos 19.2 y 53.1 respectivamente, al precisar que el “contenido esencial” del derecho fundamental en ningún caso podrá ser afectado o traspasado por la norma que desarrolle ese derecho<sup>16</sup>. Los derechos fundamentales constituyen garantías para la autonomía individual frente a la injerencia de los poderes públicos en el ámbito privado.

La autonomía del derecho a la intimidad aparece cuando el concepto de libertad personal se desliga por completo del concepto de propiedad, que se encuentra unido al proceso de desarrollo industrial de los Estados, suceso que va a demarcar la extensión de la libertad personal y la personalización de bienes jurídicos individuales (Morales Prats, 1984, p. 121). Estos bienes jurídicos se consolidan fuertemente luego de la Segunda Guerra Mundial; específicamente, con la Declaración de los Derechos del Hombre, que en su artículo 12 define que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias de su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias y ataques”<sup>17</sup>.

En esta fase histórica, se centra la atención en la esfera privada del individuo; pero ya no será tomada como un espacio de privilegios, sino como un valor positivo creciente donde se busca la tutela de la libertad de cada individuo<sup>18</sup>. Según Morales Prats, la libertad humana es una libertad situada; por tanto, la intimidad delimita una esfera de libertad proyectada hacia el exterior. Según el autor, desde la conciencia, el individuo desarrolla procesos de toma de decisiones que luego son proyectadas a su vida social (Morales Prats, 1984, pp. 133-134). En esa misma línea, Balasarre ha precisado que el derecho a la intimidad es “la postulación de la tutela jurídica de la ‘interioridad’, entendida no como algo cerrado en sí mismo y de inmediato, sino concebida como ‘trascendente’, como referencia al ejercicio de su poder-ser, o sea, como relación de la libre actuación con su posibilidad constitutiva última, de la libertad pública con su proceso de decisión privado” (Morales Prats, 1984, p. 134). De lo anterior, se puede entender que la intimidad asume un significado de garantía encaminado a la protección de los derechos públicos.

### 2.2.2.1 Derecho a la intimidad en la Constitución Española

---

<sup>16</sup> Schmitt no menciona el derecho a la intimidad, pero sí la libertad de conciencia, la inviolabilidad de domicilio y el secreto de la correspondencia, que son considerados como formas de derecho a la intimidad (Ruiz Miguel, 1995, p. 119).

<sup>17</sup> Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 17.1: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honor y a su reputación”; el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas en su art. 8: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”; entre otros.

<sup>18</sup> “La intimidad constituye un valor difuso mientras las violaciones de la esfera personal del individuo sólo son posibles bajo la forma de intrusiones físicas (honor, domicilio), y su elaboración teórica queda encorsetada a la estricta parcela del dominio de lo reservado con la consiguiente absolutización del contenido negativo de la misma” (Morales Prats, 1984, p. 120).

El derecho a la intimidad está reconocido en el artículo 18 de la CE:

1. *Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.*
2. *El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.*
3. *Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.*
4. *La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.*<sup>19</sup>

En el artículo 18.1, se hace alusión a la intimidad personal y familiar. Una definición subjetiva de intimidad, en primer lugar, haría una distinción entre las personas privadas y las personas públicas. Sin embargo, como señala García-San Miguel, todos reunimos una doble condición de personas públicas y privadas y, por ello, ostentamos algún grado de vida pública y privada (1992, pp. 22-24). En segundo lugar, existe otra vía subjetiva para determinar que la intimidad es un derecho que tiene el individuo, donde puede determinar, en qué medida sus emociones, pensamientos y sentimientos deben ser comunicados a otros; o decidir si lo que le pertenece puede entregarse en público<sup>20</sup>. Sobre esa base, Westin ha definido a la intimidad como una pretensión individual, grupal o institucional de determinar por sí solo el qué, el cuándo, y el cómo se puede comunicar información sobre él (Ruiz Miguel, 1995, p. 77)<sup>21</sup>.

#### 2.2.2.2 Distintas concepciones de intimidad

La indagación por un concepto objetivo de intimidad, en primer lugar, nos lleva a indagar por su definición. La palabra intimidad deriva del latín *intimus*, que es el superlativo de interior. El Diccionario de la Real Academia Española define intimidad como una “zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”. Sánchez Agesta apunta a que la objetividad del derecho a la intimidad es un ámbito inderogable de la libertad personal en que se despliegan la racionalidad y la vida privada de los sujetos (1981, p. 125).

En segundo lugar, es preciso exponer la teoría de las esferas<sup>22</sup>, que pueden ser definidas, *grosso modo*, como tres zonas en la vida personal en las que el respeto a la intimidad tiene una connotación diferente. La primera es la zona pública, concebida como el campo de actuaciones de las personas que representan un interés público en la sociedad; la segunda es la zona privada, que es la relativa a las actuaciones de las personas que no representan un

---

<sup>19</sup> Todo lo concerniente al derecho a la intimidad expuesto en estas páginas se refiere de manera exclusiva al derecho a la intimidad personal y familiar, que es la vertiente que interesa para este objeto de estudio. Es relevante aclararlo, dado que el derecho a la intimidad se manifiesta de múltiples formas (intimidad laboral, en la salud, la intimidad informática, entre otras).

<sup>20</sup> Warren y Brandeis en Ruiz Miguel, 1995, p. 77.

<sup>21</sup> En esta misma línea argumentativa, Fried la define como “control sobre la información que nos concierne” y Parker como “control sobre cuándo y quién puede percibir diferentes aspectos de nuestra persona” (Ruiz Miguel, 1995, p. 17).

<sup>22</sup> La teoría de las esferas se consolidó en la doctrina alemana; donde, en la protección de la intimidad, habría que distinguir tres esferas (individual, privada e íntima) que gozan de diversa protección.

interés público en la sociedad (en su vida personal y familiar): y la tercera es la zona secreta o confidencial, que es la que normalmente se quiere dejar en la esfera de lo privado y no se desea compartir. Según Serrano, el ámbito de la esfera privada es relativo, el mínimo que debe ser protegido ha de ser fijado por la ley, teniendo en cuenta que, a partir de ese mínimo, existe un amplio campo que solo los tribunales pueden valorar, contemplando los usos sociales y la situación de la persona que se encuentra afectada (Ruiz Miguel, 1995, p. 78). Ese mínimo protegible no debería ser fijado por la ley, sino por la Constitución; específicamente, por la jurisprudencia constitucional.

Madrid Conesa, en contraposición a la teoría de las esferas, ha propuesto la teoría del mosaico, que considera lo privado y público como conceptos relativos en función de quién sea el otro sujeto en la relación informativa. A su vez, afirma que existen datos que *a priori* son irrelevantes desde el punto de vista del derecho a la intimidad, pero que, en conexión con otros, pueden dejar en evidencia la transparencia del ciudadano (Ruiz Miguel, 1995, p. 79), “al igual que ocurre con las pequeñas piedras que forman los mosaicos, que en sí no dicen nada, pero qué unidas pueden formar conjuntos plenos de significado” (Madrid Conesa, 1984, p. 45).

Autores como Prosser y Salvador, por otra parte, han preferido sostener una concepción casuística de la intimidad. Este último concibe que el ámbito de protección de la intimidad se da en los siguientes presupuestos: frente a la apropiación de la imagen o apariencia de una persona; frente a la intromisión en la vida privada; frente a la divulgación de hechos concernientes a la vida privada de un sujeto; y, finalmente, frente a la publicidad malintencionada y falsa que se hace de una persona ante el público (Ruiz Miguel, 1995, p. 79).

Como se ha podido evidenciar, el concepto de intimidad es esencialmente abierto y definirlo resulta una tarea exhaustiva. Al igual que la doctrina, el TC ofrece una noción amplia e indeterminada de intimidad; así, en la STC 73/1982, FJ 5, se sostuvo que “la intimidad es un ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren”. La STC 110/1984, FJ 3, por su parte, añadió a la formulación la idea informacional de la intimidad; pues, según el Tribunal, la finalidad del derecho es “el respeto a un ámbito de vida privada, personal y familiar, que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado”. Finalmente, en la STC 231/1988, FJ 3, se afirma que “los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar reconocidos en el art.18 de la CE, aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la ‘dignidad de la persona’, que reconoce el art.10 de la CE, y que implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana”.

### 2.2.2.3 Intimidad en la LO 1/1982

Habiendo expuesto someramente el análisis y la regulación que le han dado al derecho a la intimidad, la CE y la jurisprudencia del TC, vale la pena abordar su desarrollo legislativo con lo establecido en la LO 1/1982 del 5 de mayo. Es importante aclarar que esta ley no logró

delimitar<sup>23</sup> el objeto exacto de protección por el derecho a la intimidad en España. La ley define lo que considera como “intromisiones” y las diferencia entre ilegítimas y legítimas. Las primeras son aquellas en las que se produce una vulneración del derecho a la intimidad, haciéndose necesaria su reparación y se encuentran enunciadas en el artículo 7.2 de la LO. Los supuestos que son enunciados en ese artículo tienen la característica común aluden a revelación de hechos. Las segundas son las que se encuentran autorizadas por la ley o por una autoridad competente, además de todas aquellas en las que la información ostenta un interés general.

El problema que yace en estas últimas, es determinar cuándo una información es de interés general y, por tanto, no constituye una intromisión ilegítima. Como afirma Castilla Barea, ni el Tribunal Constitucional, ni el Tribunal Supremo se han interesado por definir concretamente qué es el interés científico, histórico o cultural relevante y susceptible de predominar sobre el derecho. Aunque sí parece claro que tienen la característica común de poder acreditarse como intereses públicos, o lo que es lo mismo, intereses generales de la colectividad, de la ciudadanía, apreciada en abstracto (Castilla Barea, 2011, p. 244). Debería primar tal interés si y solo si es una información trascendente, importante, donde, indiscutiblemente, predomina el interés general sobre el particular.

La LO 1/1982, en el contexto de las intromisiones del derecho a la intimidad, realiza una inversión del principio de la carga de la prueba. Hasta la publicación de dicha ley, la responsabilidad civil por violación al derecho a la intimidad se fundamentaba en probar que se había producido un daño y, de manera posterior, se realizaba la correspondiente reclamación. Pero con el artículo 9.3 de la LO 1/1982, se invierte esa regla y se enuncia que “la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará, atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido”. Será suficiente, entonces, que el demandante pruebe una intromisión ilegítima; con esta, se presume el daño y, posteriormente, surge el derecho a una indemnización por los perjuicios causados. “Este mecanismo de protección del derecho a la intimidad es más propio del orden jurisdiccional penal que del civil” (Moreno Bobadilla, 2016, p. 43). A pesar de todas las cuestiones sobre el derecho a la intimidad de las que se hace cargo la LO 1/1982, como se advirtió antes y como lo asegura la doctrina mayoritaria, “la ley es escasa e insuficiente, se dejan abiertas grandes incógnitas, siendo la más notable el hecho de que no defina de forma clara y precisa el contorno de los derechos que está regulando (honor, intimidad y propia imagen)” (Castilla Barea, 2011, pp. 244-245).

De todo lo anterior, se puede concluir que el derecho a la intimidad es un derecho individual, en concreto, que protege la autonomía de cada individuo y, por ende, su titularidad reposa en toda persona física<sup>24</sup>. Es también un derecho fundamental, limitado, subjetivo, de defensa y estandarte para la concreción de la dignidad humana, con rango constitucional

---

<sup>23</sup> Su principal objetivo era establecer el ámbito de protección de la intimidad, definiendo para ello qué se consideraban intromisiones legítimas e ilegítimas.

<sup>24</sup> No se extiende a las personas fallecidas (STC 231/1988). Sin embargo, los arts. 4-6 de la LO 1/1982, del 5 de mayo, recogen los supuestos de la titularidad *post mortem* del derecho a la intimidad, en donde dan libertad para ejercer ese derecho a quien el titular haya designado en su testamento.

superior, que configuró uno de los fundamentos del Constituyente para basar su estrategia para una correcta convivencia social.

### 2.2.3 Honor

El honor es un bien jurídico que se encuentra protegido, al menos, en el delito de injuria<sup>25</sup>. Este concepto nunca fue definido en la tradicional regulación de los delitos de injuria y calumnia. Por ende, solo quedaba intentar deducir el contenido del honor como objeto de protección penal de estos delitos en los términos en los que el legislador definiera las conductas típicas; definición que se mantuvo casi inmutable durante más de un siglo (López Peregrín, 2000, p. 66). Posteriormente, en 1973, en el texto refundido del Código Penal, la injuria fue definida como “la expresión proferida o la acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona”, y la calumnia, “como la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio”. Así las cosas, en 1978, se declaró la protección constitucional del derecho al honor en el artículo 18.1 de la Carta Fundamental: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

Sin embargo, este precepto no definió cómo debía entenderse el concepto de derecho al honor. La Ley Orgánica LO 1/1982 estableció las violaciones al derecho al honor; pero tampoco especificó que era. Por su parte, el vigente Código Penal modificó la tradicional definición de los delitos contra el honor, describiendo la calumnia en el artículo 205 como “la imputación de un delito hecha con conocimiento de falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”; y la injuria en el artículo 208, como “la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”. El Código hace mención expresa a la dignidad como “consecuencia de la descripción típica de la injuria a la consagración constitucional del honor como derecho fundamental” (López Peregrín, 2000, p. 67).

El derecho vigente no define el concepto de honor; por lo que el Tribunal Constitucional, en alguna oportunidad, advirtió sobre la imposibilidad de encontrar dicha definición en el ordenamiento jurídico<sup>26</sup>. López Peregrín advierte que, para consolidar un concepto de honor, es necesario integrar lo aducido por el TC, los preceptos civiles de la LO 1/1982 y los preceptos penales relativos a la injuria y calumnia; pero, además, es importante tener presente el contexto histórico y sociológico en el que nos encontramos, pues resulta clave determinar qué es lo que se quiere proteger hoy en día como derecho al honor (López Peregrín, 2000, p. 69).

---

<sup>25</sup> Varios autores, tanto de la doctrina alemana como de la española, son partidarios de entender que el bien jurídico protegido en la injuria es exclusivamente el honor. “Sin embargo, en Alemania JACOBS (sic?) (Jescheck-Festschrift, 1985, pp 637 y ss.) ha mantenido una postura diferente. En efecto, este autor sostiene que en la injuria se lesionan, de manera simultánea intereses públicos (en concreto, el interés en que exista información cierta sobre comportamientos imputables)” (López Peregrín, 2000, p. 63). Esta afirmación ha generado debate, pues como se señaló, la doctrina mayoritaria sostiene que el bien jurídico que protege la injuria es el honor.

<sup>26</sup> Por ejemplo, en la STC 223/1992, de 14.12, FJ 3.

### 2.2.3.1 Distintas concepciones de honor

Desde una visión fáctica, el concepto de honor tiene una relación directa con los valores de cada persona (López Peregrín, 2000, pp. 69-70). Una concepción objetiva entendería el honor como una representación que se hace la comunidad de una persona, de su consideración externa, del buen nombre, la fama y la reputación que disfrutaban los demás individuos<sup>27</sup>. En cualquier caso, el honor, desde esta perspectiva, recae en la opinión que un individuo tiene de otro, con independencia de que sea o no cierta. Sáinz Cantero sostiene que “el honor objetivo es el resultado del juicio de valor que los demás ... hacen de nuestras cualidades (principalmente de cómo cumplimos nuestros deberes); honor subjetivo es el sentimiento del valor propio del sujeto” (Sáinz Cantero, 1957, pp. 90).

Frente a la consideración fáctica del honor, en España se desarrolló un concepto normativo que veía el honor, desde un punto de vista más abstracto, como un derecho inherente a las personas y que debía ser respetado por los demás individuos. Así las cosas, el concepto normativo de honor vincula este bien jurídico con la dignidad, como una pretensión de respeto como persona que fluye de la propia condición humana<sup>28</sup>. Esta interpretación sugiere todo ser humano es titular de honor durante el transcurso de su vida y no es algo que se adquiere frente al otro (concepto objetivo) o simplemente se siente (concepto subjetivo). Siguiendo esta línea argumentativa, al ser el honor algo innato en el ser humano, nadie carece de él. Se refiere al derecho a ser respetado por los demás independientemente del comportamiento de la persona o de algún suceso en específico. La vinculación del honor a la dignidad representa dificultades incluso para los defensores del concepto normativo de honor. El mayor problema que conlleva dicha relación es “adivinar” el contenido de la dignidad humana (Estrada Alonso, 1989, p. 26). Para otros críticos de esta teoría, la vaguedad del concepto de dignidad es la que da lugar a que el Tribunal recurra a esta concepción, haciendo uso, sin violentarla, de una facultad infinita (Salvador Coderch, 1990, p. 66).

La vinculación definitiva del derecho al honor con la dignidad fue entendida por muchos como una democratización de este bien jurídico<sup>29</sup>; pues lo que se buscaba era que se dejara de relacionar al honor con determinados privilegios sociales o profesionales. Esto quedaba en evidencia, por ejemplo, en el anterior Código Penal, que en su artículo 458.4 consideraba injurias graves a “las que racionalmente merezcan la calificación de graves, atendiendo al estado de dignidad y circunstancias del ofendido y el ofensor”. La norma, en este sentido, daba a entender que unos individuos ostentaban mayor dignidad que otros. Sin dejar de lado los motivos que llevaron a la democratización del honor, la lucha de clases y el contexto histórico en general, no se puede desconocer que esta concepción define al honor al margen

---

<sup>27</sup> Por ejemplo, en las STC: 185/1989, FJ4; 223/1992, FJ 3; 170/1994, FJ 3; y 176/1995, FJ 3.

<sup>28</sup> Vinculan el concepto de honor a la dignidad, por ejemplo, las STC: 214/1991, FJ 8; 40/1992, FJ 3; 85/1992, FJ 4; y 139/1995, FJ 5.

<sup>29</sup> Entendida de esta manera, por ejemplo, por autores como: Quintano Ripollés (1972, p. 150); García-Pablos de Molina, quien sostiene que, al derivarse en la Constitución el honor de la dignidad, “un bien jurídico ‘personalísimo’, de inequívoca raigambre ‘aristocrática’, experimenta [...] un positivo proceso de democratización o socialización, de acuerdo con el imperativo constitucional de ‘igualdad’” (1984, p. 215); y Rodríguez Devesa, para quien la vinculación del honor a la dignidad responde a la realidad sociológica del progreso (1987, p. 231).

del valor real del sujeto, respetando el principio de igualdad; sin embargo, a los ojos de muchos, no deja de ser una concepción bastante radical (López Peregrín, 2000, pp. 77-78).

El concepto normativo-fáctico concibe al honor como inherente al ser humano. Desde esta perspectiva, aunque deriva de la dignidad de cada individuo, se vincula también al cumplimiento efectivo de sus deberes ético-sociales, “de manera que la buena reputación hay que ganarla para merecer la protección penal: solo se protege el honor merecido” (López Peregrín, 2000, p. 80)<sup>30</sup>. De esta forma, el concepto fáctico, intermedio o personal del honor es “comprensivo del valor personal que surge de la dignidad humana, del que nadie puede carecer, y del valor de su comportamiento personal desde puntos de vista ético-sociales” (Jaén Vallejo, 1992, p. 151). En otras palabras, mientras que el honor es inherentemente parte de la dignidad humana, la protección penal se orienta a aquellos que han logrado una reputación que se considera merecida y, por lo tanto, susceptible de ser protegida.

El honor es, en definitiva, un aspecto de la dignidad que se le reconoce a todo ser humano por el hecho de serlo; y es también un valor social. El honor constituye “la suma del valor del ser humano en cuanto tal y del que se deriva de su capacidad individual para regir su comportamiento según valores y normas (...), es el verdadero valor interno del sujeto y la correspondiente pretensión de respeto que fluye de él”<sup>31</sup>. En palabras de Berdugo:

*El honor está constituido por las relaciones de reconocimiento fundadas en los valores sociales de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad. El honor, en cuanto emanación de la dignidad, será el mismo en todos los integrantes de la comunidad, y en cuanto derivado del componente dinámico de la dignidad, del libre desarrollo de la personalidad, tendrá una mayor o menor extensión en función del nivel de participación del individuo en el sistema social.*<sup>32</sup>

#### 2.2.3.2 Honor y derecho penal

En un Estado liberal, la protección a los bienes jurídicos por parte del derecho penal tener un carácter subsidiario: solo debe acudir a ella para proteger los bienes jurídicos más valiosos de las amenazas más graves, habiendo agotado primero otros medios de control social de que dispone el Estado (y estos deben haber resultado ineficaces o insatisfactorios para la tutela de los bienes jurídicos). La exigencia del respeto a una tutela civil paralela, así como la indeterminación normativa global que atenta contra el principio de legalidad, el mantenimiento y eficacia del principio de intervención mínima y el carácter fragmentario y de *ultima ratio* del ordenamiento penal, han llevado a que algunos autores<sup>33</sup> propongan, cuando menos, una despenalización parcial y una reforma de los delitos de injurias; tomando como base los argumentos esgrimidos anteriormente y, en particular, el del carácter

---

<sup>30</sup> En ese mismo sentido, la STC 50/1983, FJ 3, señala que “ni la Constitución ni la Ley pueden garantizar al individuo contra el deshonor que nazca de sus propios actos”.

<sup>31</sup> López Peregrín, 2000, pp. 81-82.

<sup>32</sup> Berdugo Gómez de la Torre, 1984, p. 313.

<sup>33</sup> Es el caso, por ejemplo, de Carmona Salgado (1991), cuya propuesta de *lege ferenda* consiste en hacer desaparecer las injurias livianas e incluso las leves; con respecto a las graves, considera que se deberían remodelar. Morales Prats (1988) va más allá y propone una línea despenalizadora a través de la idea de adecuación social, dejando únicamente vigente el delito de calumnia y de injuria grave.

subsidiario del derecho penal. Según los proponentes de una vía despenalizadora, en la práctica es más fácil y eficiente acudir a la vía civil; además, las víctimas logran ser reparadas por las lesiones sufridas sin una sanción de carácter punitivo al ofensor. Resaltan también, los autores defensores de la descriminalización, las virtudes de la LO 1/1982, que está encaminada a proteger la intimidad y propia imagen del afectado. El supuesto éxito de la vía civil ha llevado a algunos autores a cuestionar la efectividad del derecho penal para la protección del honor.

Lo cierto es que el Código Penal de 1995 no ha acogido ninguna de las propuestas despenalizadoras; incluso, mantuvo una falta de injuria leve en el artículo 620. El legislador ha considerado que la protección penal sigue siendo necesaria y que la vía civil aún es insuficiente para proteger el honor de todos los posibles ataques. El legislador, en nuestra opinión, tiene razón en su enfoque; pero no debe olvidar el carácter subsidiario, de *ultima ratio*, que ostenta el derecho penal para dar solución a este tipo de conflictos. Lo anterior, implica que, los ordenamientos jurídicos deben optar por medidas más eficientes que ofrezcan una protección efectiva del derecho al honor sin recurrir innecesariamente al ámbito penal, en términos de economía procesal y de protección efectiva de este derecho.

### **2.3 Abordaje del conflicto entre la libertad de expresión e información y el derecho al honor por el Tribunal Constitucional Español**

Resulta oportuno, para el tema objeto de estudio, proponer que los derechos fundamentales<sup>34</sup> representan posiciones jurídicas. Las posiciones jurídicas “son la relación jurídica establecida entre tres elementos: un titular, un objeto y un destinatario” (Alexy, 2002, pp. 177). La vinculación de los tres elementos anteriores deriva de una norma iusfundamental, por lo que la afirmación de una posición jurídica presupone que exista una norma. “Un conflicto iusfundamental representa un caso donde dos titulares de derechos fundamentales presentan intereses contrapuestos amparados ambos por sendos derechos fundamentales” (Mendoza Escalante, 2007, p. 53). La teoría de los conflictos iusfundamentales, en sentido estricto y concreto, es precisamente una teoría de los efectos e implicaciones que tienen los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

La contraposición de intereses se genera cuando el goce o disfrute de un derecho fundamental de un titular implica la prohibición del goce o disfrute del derecho fundamental de otro titular (y viceversa). De lo anterior, se derivan dos características importantes de este tipo de conflictos: se encuentran los conflictos en razón del sujeto y en razón del objeto. Los conflictos en razón del sujeto se caracterizan por la presencia de dos titulares de derechos fundamentales con pretensiones contrapuestas, mientras los conflictos en razón del objeto se caracterizan por la presencia de dos derechos fundamentales con consecuencias jurídicas

---

<sup>34</sup> Los derechos fundamentales “son aquellos que, en un ordenamiento dado, se reconocen a todas las personas -o, en su caso, solo a todos los ciudadanos- por el mero hecho de serlo. Se trataría de derechos inherentes a la condición de persona o de ciudadano (...); y por eso mismo, serían derechos universales, en el sentido de que corresponden necesariamente a todos los miembros del grupo (...). Lo verdaderamente característico de los derechos fundamentales en su resistencia frente a la ley o, si se prefiere, que vinculan a todos los poderes públicos, incluido al propio legislador democrático” (Díez Picazo, 2008, pp. 36-37).

recíprocamente excluyentes<sup>35</sup>. En este último caso, se generará conflicto siempre que dos o más derechos fundamentales de distintos titulares resulten recíprocamente incompatibles deónticamente; o sea, siempre que una conducta sea prohibida y permitida al mismo tiempo.

El ámbito de protección del derecho fundamental a la libertad de expresión radica en la acción libre de expresar pensamientos, ideas y opiniones; como correlativo a esa libertad, se configura la prohibición de intervención a estas expresiones por parte del Estado y de los particulares. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos enuncia que “toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección” (1966, art. 19.2).

Por otro lado, el ámbito de protección de la libertad de información se encuentra conformado por el bien jurídico iusfundamental consistente en la acción libre de exteriorizar información<sup>36</sup>. Según De Domingo, la información que se protege<sup>37</sup> no es cualquier información, sino solo la que incumbe a asuntos de interés público (2001, pp, 186-187). Las formas a través de las cuales se efectúa la comunicación son similares a las de la libertad de expresión; con la salvedad de que, “en lo concerniente a las formas, el empleo de la comunicación lingüística va a ser la modalidad predominante en este caso frente al recurso a la representación simbólica o artística y al de las conductas expresivas” (Mendoza Escalante, 2007, p. 115).

Son varias las propuestas jurisprudenciales que se han realizado con el fin de lograr una solución pacífica y unánime cuando hay choques entre derechos fundamentales. La línea jurisprudencial norteamericana, por ejemplo, sigue un modelo de prevalencia abstracta e incondicionada donde se le da un valor superior a la libertad de expresión e información. El anterior modelo no ha sido usado por la doctrina alemana, ni española, pues estas prefieren emplear principios como el de idoneidad y necesidad como criterios orientadores a la hora de solucionar un conflicto entre derechos fundamentales. De otro lado, el Tribunal Constitucional español hace uso de criterios como veracidad, ausencia de expresiones vejatorias e interés público (Mendoza Escalante, 2007, p. 122). La finalidad de los criterios o pautas anteriores es brindar elementos suficientes que permitan definir si el derecho al honor ha sido lesionado con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información.

El progresivo uso y enriquecimiento de este tipo de criterios “configura una especie de norma compleja de origen jurisprudencial que define con mayor precisión los supuestos de lesión del derecho al honor, construyéndose así un modelo de resolución que se aleja relativamente de un modelo de principios para aproximarse a un modelo de reglas” (Mendoza Escalante, 2007, p. 122). Lo anterior implica pasar de un modelo de ponderación a uno de subsunción, que será descrito en líneas posteriores.

---

<sup>35</sup> Cuando se mencionan los conflictos en razón del objeto, se está haciendo referencia a una contraposición deóntica: “Una contraposición entre dos modalidades deónticas derivadas de dos derechos fundamentales. Las modalidades deónticas son: prohibido y permitido” (Mendoza Escalante, 2007, p. 54).

<sup>36</sup> Por información, se entiende “la comunicación de hechos o sucesos de todo tipo” (Mendoza Escalante, 2007, p. 115).

<sup>37</sup> Protegiendo la libre difusión y el acceso a la información.

El ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información se puede llevar a cabo por distintos medios (como expresiones lingüísticas, conductuales o simbólicas), pero siempre con la finalidad de emitir una opinión o de transmitir una información. La identificación del medio y el fin permite preguntarse si entre ambos existe una relación de adecuación<sup>38</sup>. Lo anterior es importante, dado que, cuando se tiene identificado el medio, se puede averiguar, conocer e identificar cuáles de estos medios no intervienen (o, si lo hacen, es en una medida muy mínima en el ejercicio del derecho al honor). De lo anterior, surge el test de necesidad, que se define como una representación que propone la factibilidad de encontrar en la jurisprudencia razonamientos que pueden ser dirigidos a las reglas de idoneidad y necesidad. Estas reglas buscan examinar si una intervención en un derecho fundamental es admisible (o no) constitucionalmente. Lo anterior no implica olvidar que las reglas de necesidad e idoneidad tienen la finalidad de inspeccionar las intervenciones administrativas y legislativas del Estado, dada “la concepción de los derechos fundamentales en cuanto derechos de defensa cuya intervención es limitada en principio” (Mendoza Escalante, 2007, p. 123).

## **2.4 Conclusiones**

- Considerar a los derechos fundamentales como derechos absolutos e ilimitados es idealista y dogmático. En las relaciones sociales, es inevitable la confrontación entre derechos. Para esto, la jurisprudencia ha ideado mecanismos para intentar dar soluciones adecuadas a estos conflictos sin desconocer las garantías constitucionales.
- El derecho a la libertad de expresión, sin duda alguna, representa una de las bases fundamentales de las democracias modernas. Es, entonces, un pilar en las estructuras sociales para el correcto desarrollo de la vida pública e incluso de las relaciones sociales mismas. Sin embargo, no es un derecho ilimitado: halla su máximo límite en los derechos al honor y a la intimidad; haciéndole contrapeso y evitando graves vulneraciones a los derechos del otro.

## **3. POSIBLES CRITERIOS DE RESOLUCIÓN DE PROPUESTOS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL**

### **3.1 Introducción**

---

<sup>38</sup> Según el DRAE, “adaptar algo a las necesidades o condiciones de una persona o de una cosa”.

En el capítulo anterior, además de hacer un análisis detallado de los derechos fundamentales que ocupan al presente trabajo, se esbozaron de manera breve los criterios desarrollados jurisprudencialmente por el TC para dar una posible solución al conflicto que nos ocupa. El objetivo de este capítulo es, entonces, el estudio detallado de los criterios propuestos por vía jurisprudencial; además de dar a conocer sus puntos débiles; para, finalmente, presentar algunas conclusiones.

### **3.2 Libertad de expresión e información y derecho al honor**

El derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información son derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Española en los artículos 20.1 a y 20.1 d, respectivamente<sup>39</sup>. En el primer supuesto, el objeto de protección es la emisión de pensamientos, ideas y juicios de valor; en el segundo supuesto, la recepción y comunicación de información veraz<sup>40</sup>. El derecho al honor también ostenta el carácter de derecho fundamental, reconocido así en el artículo 18.1 de la CE<sup>41</sup>. Además, está considerado como un límite explícito de la libertad de expresión e información, de acuerdo con el artículo 20.4 de la CE: “Estas libertades [expresión e información] tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

En España, los conflictos entre ambos derechos fundamentales son resueltos tanto por la vía penal como por la civil. La vía penal, que es la que nos interesa, se da por motivo de las querellas por delitos contra el honor (tipificados en el Código Penal, en el Título XI, “Delitos contra el honor”, artículos 205 a 216). El modelo español ha desarrollado un conjunto de criterios que posibilitan resolver con fluidez y seguridad los conflictos entre el derecho a la libertad de expresión e información y el derecho al honor. El Tribunal Constitucional ha propuesto, en el caso del derecho a la libertad de expresión frente al derecho al honor, “la ausencia de expresiones vejatorias y el interés público de su objeto” (Mendoza Escalante, 2007, p. 267); en el caso de la libertad de información frente al derecho al honor, “además de la ausencia de expresiones vejatorias y el interés público de la misma, la veracidad de la información (aunque se trata más bien de un requisito impuesto por la propia constitución)” (Mendoza Escalante, 2007, p. 267). Con esos criterios, no pareciese que se estuviera haciendo propiamente un ejercicio de ponderación. Lo que se distingue, más bien, es una comprobación de si la libertad de expresión e información ha sido ejercida en virtud de lo dispuesto en la Constitución y la jurisprudencia, cumpliendo con el requisito de veracidad y de ausencia de expresiones vejatorias y que vayan en contra del interés público como límites inherentes. “El único supuesto estricto de «ponderación» sería el caso de la eventual

---

<sup>39</sup> Art. 20.1 de la CE: “Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. (...) d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La Ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades”.

<sup>40</sup> La información recibida o comunicada debe ser veraz (STC 6/1998, FJ 5).

<sup>41</sup> Art. 18.1 de la CE: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

aplicación de la posición preferente en el sentido descrito” (Mendoza Escalante, 2007, p. 269)

La doctrina más reciente, en especial la que tiene relación con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, considera que no hay supuestos de ponderación en sí, por lo que esta no se considera un método válido de resolución de estos conflictos. Lo anterior conduce a que los tres criterios referidos anteriormente, a la vez que permiten solucionar conflictos entre esos derechos, instituyen elementos configuradores de límites estrictos de los derechos a la libertad de expresión e información. Cuando haya contraposición de estos derechos fundamentales, no habrá que usar la ponderación para hacer prevalecer un derecho sobre otro; sino, sencillamente, comprobar si la libertad de expresión e información se ejerció acatando sus características inmanentes o límites estrictos. Es decir, la evaluación se enfoca en comprobar si el ejercicio de estos derechos respeta sus restricciones y no transgrede los límites establecidos para su protección efectiva.

### **3.3 Bases doctrinales de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español**

Los pilares de la construcción jurisprudencial del TC para resolver los conflictos que interesan a esta investigación son la condición de garantía de la opinión pública atribuida a la libertad de expresión e información y la posición preferente adjudicada a estas. La atribución de posición preferente a estos derechos surge del estrecho vínculo con la formación de la opinión pública, del pluralismo y de su rol en la democracia. La noción de doble carácter de los derechos fundamentales es usualmente empleada por el Tribunal en este tipo de conflictos (Mendoza Escalante, 2007, p. 271).

El TC supone, como se dijo antes, que los derechos fundamentales denotan un doble sentido, pero en una vía opuesta a la concepción tradicional. En su consideración, esas libertades manifiestan la concurrencia de que, además de ser libertades (esto es, derechos subjetivos), componen garantía de la opinión pública y, por ende, de la democracia misma. En 1981, el TC afirmó que “el art.20 de la Constitución, (...) [que reconoce la libertad de expresión e información], garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidos a formas? huera de las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico política” (STC 6/1981, FJ 3). Posteriormente, el TC afirmó que no solo se trataba de que estos derechos representaran libertades; sino que, también, “representan una garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, la necesaria premisa de la misma” (STC 12/1982, FJ 3). Es por esta razón que, en sentencia posterior, ha afirmado que la libertad de expresión e información detenta un doble carácter, apuntando justamente a esa propiedad (STC 104/1986, FJ 5).

Cabe destacar que el TC ha sido influido, en gran medida, por la jurisprudencia del TEDH; específicamente, por la doctrina establecida en el caso Handyside en sentencia del 7 de diciembre de 1976, con motivo de la interpretación del art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos. En esta, el TEDH sustentó que “su función supervisora impone [al TEDH] prestar atención extrema a los principios propios de una ‘sociedad democrática’. La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de

las condiciones esenciales para su progreso y desarrollo de los hombres (...). El valor de la garantía del pluralismo político y, por ello, el rol en la democracia, de la libertad de expresión e información, será un argumento recurrente en doctrina del TC” (STC 104/1986, FJ 5; STC 107/1998, FJ 2). La adopción de esta comprensión de la libertad de expresión representa, así, la recepción de la concepción institucional alemana de este derecho (Solozábal Echavarría, 1991, pp. 82 y ss).

Para el TC, la libertad de expresión es un derecho que se caracteriza por trasladarse de un estado negativo (derecho de defensa) a un estado activo (derecho de participación), en donde se forma la libertad del Estado por medio de la opinión pública. Su doble carácter de libertad-garantía de la opinión pública, o sentido subjetivo-objetivo (Bastida Freijedo, 2002, p. 573), debe ser diferenciado de la distinción de ‘doble carácter’ de los derechos fundamentales como tal (o sea, de su concepción institucional). Esto se debe a que el carácter institucional de los derechos fundamentales no es único del derecho a la libertad de expresión e información, ya que es una característica del conjunto de derechos fundamentales en su totalidad (Mendoza Escalante, 2007, p. 274). Todos ellos representan derechos subjetivos y, al mismo tiempo, son garantía de relaciones vitales. Esta noción debe distinguirse también de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. De esta manera, tanto la libertad de expresión e información como el derecho al honor y a la intimidad comparten esa cualidad. Sin embargo, es importante señalar que lo anterior “no tiene ninguna vinculación con la atribución de un rango o una posición preferente a la libertad de expresión e información cada vez que se halle en conflicto con el derecho al honor” (Mendoza Escalante, 2007, pp. 275-276). En estricto sentido, el carácter objetivo de los derechos fundamentales no es de donde se infiere el carácter preferente de dichas libertades, sino de la garantía a la opinión pública que representa para el sistema democrático.

Del doble carácter que se le ha atribuido a la libertad de expresión (esto es, libertad y garantía a la opinión pública), el TC ha argumentado que se desprende una consecuencia de tipo dogmático; en el sentido de que esas propiedades presuponen “una eficacia que trasciende a la que es común y propia de los demás derechos fundamentales, incluidos el honor (...). En suma, su valor predominante” (STC 107/1988, FJ 2). Por ello, la naturaleza de garantía de la opinión pública de la libertad de expresión tiene una posición preferente frente a otros derechos fundamentales amparados por la Constitución Española. Esa posición preferente a la que se hace referencia no implica que este derecho tenga una jerarquía superior frente al resto de derechos, “sino un mayor valor o peso, en función de las circunstancias, que se determina examinando si aquellas han sido ejercidas dentro del ámbito constitucionalmente protegido” (STC 105/1990, FJ 3). Lo anterior es denominado por el Tribunal como un ejercicio de ponderación; que, en su concepto, “no constituye una labor hermenéutica sustancialmente distinta de la de determinar el contenido de cada uno de los derechos en presencia y los límites externos que se derivan de su interacción recíproca” (STC 219/1992, FJ 2). Es decir, la posición privilegiada de la libertad de expresión e información es concreta y condicionada; por lo que es “siempre relativa al caso a resolverse y sujeta al cumplimiento de las condiciones de preferencia establecidas por los criterios” (Mendoza Escalante, 2007, p. 277).

### **3.4 Planteamiento de los criterios en la doctrina del Tribunal Constitucional**

El TC, a lo largo de varias sentencias, ha reconocido que el interés público de la información deriva del carácter objetivo de la libertad de expresión e información y su evidente aporte a la opinión pública (STC 104/1986, FJ 6; STC 165/1987, FJ 10). De esta manera, el Tribunal ha establecido que la opinión pública es un asunto de suma importancia, aclarando que no cualquier tipo de información la constituye, sino solo la que tiene que ver con asuntos de interés general (STC 165/1987, FJ 10). Sin embargo, ha sido en la STC 107/1988 donde el TC fórmula de manera metódica los criterios bajo los cuales han de remediarse este tipo de conflictos:

*Mientras que los hechos, por su materialidad, son susceptibles de prueba, los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, no se prestan por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, (...) la libertad de expresión es más amplia que la libertad de información por no operar, en el ejercicio de aquella, el límite interno de veracidad que es aplicable a esta, lo cual conduce a la consecuencia de que aparecerán desprovistas de valor de causa de justificación las frases formalmente injuriosas o aquellas que carezcan de interés público y, por tanto, resulten innecesarias a la esencia del pensamiento, idea u opinión que expresa.*

La libertad de expresión e información tendrá, entonces, un papel predominante cuando se busca proteger el interés general que contribuye a la formación de la opinión pública. De esta forma, alcanza un nivel máximo de eficacia justificadora frente al derecho al honor, que se aminora directamente al ser un límite externo a la libertad de expresión e información. Al ejercer funciones públicas, los titulares del derecho están sujetos en cierta medida a tolerar que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten socavados por informaciones u opiniones de interés general, pues es lo que exige una sociedad democrática, tolerante y plural (STC 107/1988, FJ 2). De lo anterior, se deduce que el derecho a la libertad de expresión e información es restringido a una protección constitucional cuando se trate de asuntos de interés general. En la misma sentencia, además, se advierte que el *animus iniuriandi* se puede seguir usando en los casos donde se busca establecer si el derecho al honor ha sido o no lesionado; pero no es aplicable cuando lo que se pretende es conocer si las libertades de expresión e información “actúan o no como causa excluyente de antijuridicidad” (STC 107/1988, FJ 2). En este supuesto ya se estaría frente a un comportamiento atípico. Esta tesis pareciera proponer que el *animus* se reduce solo a determinar si en la conducta injuriosa hubo o no dolo; o sea, busca determinar el elemento subjetivo del tipo penal.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que este tipo de conflictos se resuelven investigando si el derecho a la libertad de expresión e información ha sido ejercido dentro de su marco jurídico de protección. Para tal efecto, el TC se vale de dos criterios para determinar si se ha dado cumplimiento a lo anterior. Los criterios son:

- a) En el conflicto libertad de expresión y derecho al honor:
  - interés público
  - ausencia de expresiones vejatorias
- b) En el conflicto libertad de información y derecho al honor:
  - veracidad
  - interés público
  - ausencia de expresiones vejatorias

El cumplimiento de estos criterios supone configurar una forma de supuesto de precedencia de la libertad de expresión e información frente al derecho al honor (Mendoza Escalante, 2007, p. 283), cada que se genere un conflicto entre estos. Ahora bien, de los criterios señalados anteriormente (veracidad, interés público, ausencia de expresiones vejatorias), el único que se fundamenta en la noción de la libertad de expresión e información como garantía de la opinión pública es el criterio de interés público. El criterio de veracidad, por su parte, deriva del artículo 20.1 de la Constitución. Finalmente, la cuestión de la ausencia de expresiones vejatorias deriva del derecho al honor. “En síntesis, la libertad de expresión, en cuanto garantía de la opinión pública, sirve de premisa únicamente para una de las condiciones de precedencia: el interés público. Las otras derivan de la Constitución” (Mendoza Escalante, 2007, p. 284).

### **3.5 Análisis de los criterios de resolución propuestos por el Tribunal Constitucional**

#### *3.5.1 Interés público*

El interés público es concebido como un concepto jurídico indeterminado, que se caracteriza por indicar oposición al interés particular o privado. La difusión o publicación de información no puede ser cualquiera, para que ostente el carácter de interés público<sup>42</sup>: debe ser una información que posea relevancia pública; esto es, que sirva al interés general por hacer referencia a un asunto público (en otras palabras, que esa información afecte al conjunto de ciudadanos) (STC 134/1999, FJ 8). El requerimiento del interés público se aplica tanto a la libertad de expresión como a la de la información.

El TC, en otra oportunidad, ha hecho referencia a que, para determinar si una información dada corresponde o no al interés público, debe establecerse si la misma es relevante o no para la comunidad a la que se le comunica esa información; es decir, si la información expuesta afecta al conjunto de ciudadanos, indudablemente corresponderá al interés público (STC 115/2000, FJ 9). El interés público está determinado por el objeto de la información y por el sujeto de la información; esto es, por un concepto objetivo y uno subjetivo. El TC ha entendido que el concepto de interés público se encuentra determinado “por las materias a que se refiere y por las personas que en ellos intervienen” (STC 107/1988, FJ 2). Pero es en realidad la naturaleza del objeto la que debemos tener en cuenta a la hora de resolver un conflicto, prescindiendo del sujeto que emite la información (De Domingo, 2001, p. 198); pues, “el objeto expresivo o informativo que sea de interés público estará bajo el ámbito de protección de la libertad de expresión o de la libertad de información” (Mendoza Escalante, 2007, p. 290).

Con relación al sujeto, el interés público depende del rol que cumpla en la sociedad. Un ejemplo de esto son los personajes públicos y las personas de notoriedad pública. En el primer caso, estas personas son las que, por sus actividades, cumplen una función pública, ya sean

---

<sup>42</sup> En STC 107/1988, FJ 2, el TC afirma que “el valor preponderante de las libertades públicas del artículo 20 de la constitución, (...), solamente puede ser protegido cuando las libertades se ejerciten en conexión de asuntos de interés general”.

funcionarios o servidores públicos; en el segundo caso, se hace referencia a los famosos (personas que por su profesión u oficio destacan o son reconocidos por la sociedad en general). Lo cierto es que la presencia de personajes como los descritos antes implica que lo concerniente al ejercicio de la libertad de expresión o de información (en lo que tiene que ver con la esfera de lo público) reviste una condición de interés general por el rol que desempeñan en la sociedad; es decir, son susceptibles de ser objeto de opiniones, críticas o sugerencias. En este sentido, el TC ha expresado que “los personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas y, por tanto, el derecho de información alcanza, en relación con ellos, su máximo nivel de eficacia legitimadora, en cuanto que su vida y conducta moral participan del interés general con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas, que, sin vocación de proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública, a las cuales hay que, por consiguiente, reconocer un ámbito superior de privacidad, que impide conceder trascendencia general a hechos o conductas que la tendrían de ser referidos a personajes públicos” (STC 171/1990, FJ 5; STC 172/1990, FJ 2).

### *3.5.2 Ausencia de expresiones vejatorias (exclusión del derecho al insulto)*

Para expresar un pensamiento, idea o punto de vista, no es necesario el empleo de expresiones vejatorias. Los casos en los que, con motivo del ejercicio del derecho a libertad de expresión e información, se acuda a este tipo de expresiones se hallarán fuera del ámbito de protección del derecho. Aunque la doctrina del TC no lo ha dicho de manera expresa, sí ha hecho alusión al carácter innecesario de las expresiones vejatorias para comunicar opiniones e informaciones. Aunque, como se dijo antes, no ha considerado esto de modo expreso como límite de tales derechos fundamentales; de sus pronunciamientos sobre la relación entre estas libertades con la opinión pública, el derecho al honor y el principio de dignidad de las personas puede llegarse a tal conclusión (Mendoza Escalante, 2007, p. 294). De manera expresa, el TC ha manifestado que, en la libertad de expresión, “aparecerán desprovistas de valor de causa de justificación las frases formalmente injuriosas o aquellas que carezcan de interés público y, por tanto, resulten innecesarias a la esencia del pensamiento, idea u opinión que se expresa” (STC 107/1988, FJ 2). Desde dicho punto de vista, la legitimidad del ejercicio del derecho a la libertad de información “depende de que se haya o no añadido, en la manifestación de la idea u opinión, expresiones injuriosas desprovistas de interés público e innecesarias a la esencialidad del pensamiento o formalmente injuriosas” (STC 107/1988, FJ 3).

Posteriormente, el TC señaló, sobre la libertad de expresión, que “al tratarse de la formulación de opiniones y creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene solo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas” (STC 105/1990, FJ 4).

Es claro que el uso de apelativos injuriosos, cualquiera que sea el contexto, es inútil para la labor informativa o para la emisión de alguna opinión; pues lo único que genera es un daño

injustificado en la dignidad de las personas, toda vez que no cumple otro papel dentro del contexto informativo más allá de ofender y ultrajar al otro. En efecto, las expresiones injuriosas o vejatorias no constituyen medios idóneos para el adecuado ejercicio de la formación de opinión pública, mientras que sí implican un daño a los derechos de la persona. En este sentido, comprometen innecesariamente el derecho al honor y el derecho a la dignidad, pues se puede alcanzar el mismo fin a través de otros medios. De esta manera, es permitido concebir una ausencia del derecho al insulto; ya que resulta absolutamente incompatible sobreponer expresiones vejatorias sobre el derecho a la dignidad. En este sentido, el TC ha afirmado que el derecho al honor no solo es un límite a la libertad de expresión e información, sino un derecho fundamental en sí mismo; y, por tanto, deriva del principio de dignidad humana. “Impide que puedan entenderse protegidas por las libertades de expresión e información aquellas expresiones o manifestaciones que carezcan de relación alguna con el pensamiento que se formula o con la información que se comunica o resulten formalmente injuriosas o despectivas, y ello equivale a decir que esos derechos no autorizan el empleo de apelativos injuriosos utilizados con fines de menosprecio, puesto que la Constitución no reconoce, ni admite el derecho al insulto” (STC 85/1992, FJ4; STC 76/1995, FJ 6).

Sin embargo, en el ámbito de la controversia política<sup>43</sup>, ello no implica dejar sin cobertura constitucional las críticas “que puedan molestar, inquietar, disgustar o desabrir el ánimo de la persona a la que se dirigen” (STC 85/1992, FJ 4); dado que ello se explica en el carácter público del personaje político (Mendoza Escalante, 2007, p. 298).

### 3.5.3 Veracidad

La CE, en su artículo 20.1 d, reconoce y protege el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. El TC, al interpretar esa disposición, ha entendido que la exigencia de veracidad no es, en estricto sentido, de correspondencia absoluta entre información y hechos; “sino en la diligencia razonable de la labor de contrastación y verificación ex ante de la difusión de la misma” (Carrillo, 1988, p. 202). De la lectura del artículo, también puede concluirse que la veracidad únicamente es exigible a la libertad de la información y no a la libertad de expresión.

Esta postura permite asegurar un “*breathing space*” (Fois, 2001) de la información: un espacio de respiro, seguro y libre, que aparece como una necesidad del actual derecho de la sociedad a obtener información. Suele designarse a esta postura como una concepción subjetiva de verdad (De Domingo, 2001, pp 124 y ss). Por otro lado, la exigencia implacable de veracidad generaría un “*chilling effect*” en los informadores: un efecto de desaliento, que tendría como resultado el silencio, condenando así al emisor de la información a su reserva como mecanismo para garantizar su seguridad (pero que, sin lugar a dudas, desincentivaría el trabajo de la prensa).

El TC ha acogido el concepto de malicia real, establecido por la Corte Suprema norteamericana en el caso *New York Times vs Sullivan*<sup>44</sup>. En él, la difusión de información

---

<sup>43</sup> El TC acoge la doctrina establecida por el TEDH en el caso *Lingens* de 8 de junio de 1986 donde se admite que las personas que desempeñan cargos públicos están expuestas a las críticas intensas, incluso en el extremo de que “duelan, choquen o inquieten” (Catala I Bas, 2001, p. 191).

<sup>44</sup> Sobre este caso, ver: Tribe, 1978, pp. 632 y ss; Rotunda et al, 1986, pp. 164 y ss.

puede darse con conocimiento de su falsedad o con total inobservancia de su veracidad. Esto quiere decir que, aunque se acoja un concepto subjetivo de verdad (veracidad), también es tenida en cuenta “la actitud del informador en la labor de cotejo de la información” (Mendoza Escalante, 2007, p. 300). Para Pantaleón la consecuencia de esta idea de veracidad implica que “las informaciones objetivamente falsas gocen de protección constitucional siempre que se haya cumplido con el deber de diligencia” (Pantaleón Prieto, 1996, pp. 1690-1691); lo anterior no es totalmente cierto, pues, puede que sirva para excluir el dolo, pero no hace veraz la información en cuanto no está ajustada a la realidad. La noción de veracidad acogida por la STC 6/1988 representa un acoger la doctrina impartida en el caso señalado líneas arriba.

El concepto de información veraz es desarrollado por el TC a lo largo de algunas sentencias que exponen su naturaleza y cómo debe ser entendida en el ámbito de la libertad de expresión e información. En la STC 6/1988, el TC aclara que, cuando la Constitución menciona que se requiere que la información sea veraz, “no está tanto privando la protección a las informaciones que puedan resultar erróneas -o sencillamente no probadas en juicio- cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como ‘hechos’ haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado”. Es claro que el ordenamiento ampara, en su conjunto, la información obtenida de manera correcta; pero no la que es recopilada de manera negligente, arbitraria o, peor aún, basada en invenciones o insinuación. No obstante, también es claro que, en un debate libre, es imposible pretender que este tipo de situaciones no sucedan; pues cuando se está en búsqueda de la verdad se deben reconocer este tipo de situaciones como normales, ya que de la única manera en que no ocurrirían sería optando por el silencio como ‘garantía de seguridad jurídica’.

Posteriormente, la STC 123/1993, expone que “la regla de veracidad no exige que los hechos o expresiones contenidas en la información sean rigurosamente verdaderos, puesto que las afirmaciones erróneas o equivocadas son inevitables en un debate libre, sino que impone al comunicador un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad en el sentido de que la información rectamente obtenida y razonablemente contrastada es digna de protección, aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales que no afectan a la esencia de lo informado”. Lo anterior no implica que las personas que transmitan información negligente, carente de rigor, vayan a estar cobijados constitucionalmente. La STC 105/1990, FJ 5, precisa que “información veraz (...), significa, pues, información comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o meras insidias”<sup>45</sup>.

El TC, en STC 136/1994, flexibiliza un poco cuando admite que la libertad de información “debe prevalecer en tanto que la información transmitida no sea gratuita o notoriamente infundada”; aduciendo que el hecho de que la información no sea totalmente exacta no impide que pueda ser calificada como veraz a efectos constitucionales. De esta forma, desplaza el criterio de veracidad desde el ámbito de la diligencia hacia el grado de certeza de lo informado (Mendoza Escalante, 2007, p. 302). Afirma el TC, en cuanto al deber de

---

<sup>45</sup> En esa sentencia, también se dice que la veracidad constitucionalmente requerida supone “que el informador tiene (...) un especial deber de comprobar la veracidad de los hechos que expone, mediante las oportunas averiguaciones, y empleando la diligencia exigible a un profesional”.

veracidad, que “tal obligación, sin embargo, debe ser proporcionada a la trascendencia de la información que se comunica, dependiendo, necesariamente, de las circunstancias que concurran en cada supuesto concreto” (STC 219/1992, FJ 5). Cotejar una noticia que se divulga exige comprobar el carácter del hecho noticioso, la fuente que proporciona la noticia y las posibilidades efectivas de contrarrestarla (STC 240/1992, FJ 7).

La regla de mayor intensidad de la diligencia admite matices, que corresponden a las particularidades del caso específico. Los factores que pueden ocasionar estos matices son los hechos noticiosos, que hacen referencia al concepto de interés público. El TC nota que “es importante valorar la diligencia observada en la contrastación o verificación de lo informado, así como, en su caso, la repercusión de los errores en que se haya podido incurrir” (STC 52/1996, FJ 6). La diligencia a la que se refiere el TC puede ser valorada según el grado de error que se cometa; esto es, que no en todos los casos se cometen los mismos errores y, si se cometen, no se dan en igual intensidad. En consecuencia, va a ser muy diferente que se cometa un error en un aspecto esencial de la información a que suceda en un aspecto secundario: “El deber de diligencia es más riguroso con relación a los aspectos esenciales de la información y menor frente a los secundarios” (Mendoza Escalante, 2007, p. 304). Sobre esta postura, el TC ha señalado que “ha de ponderarse el alcance del error en el que aquella [la información] incurrió” (STC 240/1992, FJ 5)<sup>46</sup>.

Pero el deber de diligencia no se agota ahí. Este también dependerá del grado de credibilidad de la fuente de la información. Para el TC, “es indudable que cuando la fuente que proporciona la noticia reúne características objetivas que la hacen fidedigna, seria o fiable, puede no ser necesaria mayor comprobación que la exactitud o identidad de la fuente, máxime si ésta puede mencionarse en la información misma” (STC 178/1993, FJ 5). Siguiendo ese lineamiento, el TC es claro en afirmar que las fuentes de la información no deben ser indeterminadas ni anónimas; pues el deber de comprobación razonable de la veracidad no se satisface dirigiéndose a este tipo de fuentes. Así, es deber del informador velar por el cumplimiento del requisito de veracidad para transmitir a la opinión pública la noticia (STC 172/1990, FJ 3; STC 219/1992, FJ 5). Para el Alto Tribunal, las fuentes anónimas o genéricas carecen de cualquier tipo de relevancia. La fuente de la información debe ser, entonces, determinada e identificada; para, así, en caso de una eventual vulneración al ejercicio de la libertad de expresión e información, se pueda acudir directamente al responsable. Lo anterior, evidentemente, suscita una gran inquietud con relación al denominado “secreto profesional” que deben respetar los periodistas y comunicadores; pues, para muchos, es evidente que al revelar la fuente de la información se está vulnerando tal imperativo. Sin embargo, el TC sostiene un punto de vista opuesto, señalando que la exigencia de la identidad de la fuente “no supone, en modo alguno, que el informador venga obligado a revelar sus fuentes de conocimiento, sino tan solo a acreditar que ha hecho algo más que menospreciar la veracidad o falsedad de su información, dejándola así reducida a un conjunto de rumores e insinuaciones vejatorias que no merecen protección constitucional” (STC 123/1993, FJ 5).

---

<sup>46</sup> En ese caso, se concluyó que “la veracidad o inexactitud parcial de la información, como consecuencia del error de identificación en que se incurrió, no alcanza, en el presente supuesto, trascendencia suficiente como para entender quebrantado su carácter de información veraz y, en consecuencia, privarla de protección constitucional, por no afectar el mencionado error al contenido esencial del mensaje que se transmite”.

En conclusión, la veracidad es concebida como un límite inmanente de la información impuesto por la Constitución Española. Este requisito, entonces, debe satisfacerse *ex ante* la comunicación de la información.

### 3.5.4 Caso especial: el reportaje neutral

Según la doctrina del TC, el reportaje neutral consiste en la difusión de información publicada por un tercero distinto al medio o informador que la transmite. En palabras del Alto Tribunal, constituye “un reportaje en el que el medio se ha limitado a transcribir con fidelidad unas declaraciones externas a él”, donde “no es posible calificar al medio mismo de ‘autor de la noticia’” (STC 41/1994, FJ 6). Muñoz Machado señala que el comportamiento del medio de comunicación o del periodista que se limita a informar sin valorar las noticias que difunde, ha sido usada por el Tribunal Constitucional para añadir la doctrina del reportaje neutral (1987, p. 177).

Se estará frente a un caso de reportaje neutral cuando un informador transmita o comunique la información de un tercero a la opinión pública. De acuerdo con esto, la información emitida por el tercero tiene el carácter de interés público y, por ende, es un hecho noticioso (Mendoza Escalante, 2007, p. 307). De ese hecho noticioso que es la declaración del tercero, se exige veracidad que se verá proyectada en la correspondencia entre lo que dijo el tercero y la información que fue transmitida; esa correspondencia debe ser absoluta. “La veracidad que debe acreditarse se refiere únicamente al hecho de la declaración -no a lo declarado- y ha de ser en todo caso sinónima de verdad objetiva” (STC 232/1993, FJ 3). En este tipo de casos, el informador o el medio que transmite la declaración del tercero es responsable de la veracidad de esta, mientras el tercero declarante es responsable del contenido de su declaración (STC 232/1994, FJ 3).

En el reportaje neutral, el deber de diligencia que se le exige al informador que interviene (ya sea como transmisor o portador de la información del tercero) adquiere ciertas particularidades que la diferencian del supuesto donde el mismo informador es la fuente que produce la información. En este tipo de eventos, dice el TC, “la diligencia mínima exigible al medio de comunicación le impone, por una parte, la identificación necesaria del sujeto que emite las opiniones o noticias, que de este modo quedan limitadas por la propia credibilidad del autor. La exigencia del control del fundamento de la información proporcionada por sujetos externos provocaría una alteración de la función meramente informativa asumida por el medio, simplemente narrador de las declaraciones acusatorias, para asumir una labor censora o arbitral que no le es propia, máxime cuando el contenido de la noticia no supone una imputación de conductas desproporcionadamente graves en relación con la finalidad por ella perseguida” (STC 41/1994, FJ 5). Adicionalmente, según el Alto Tribunal, también debe valorarse la entidad de la noticia; esto es, a su conexión material con el objeto del debate público y a la ausencia de falsedad en la información transmitida, para evitar que el reportaje neutro sea indebidamente usado para darle cobertura a rumores o meras suposiciones (STC 41/1994, FJ 5).

En conclusión, la diligencia exigible implicaría: la identificación necesaria del sujeto emisor de la opinión o información; la conexión material de lo declarado por el tercero con

el objeto del debate público; y la ausencia de indicios razonables de falsedad de la información.

### 3.5.5 Animus iniurandi

Es un criterio propio de la jurisprudencia penal, considerado aún por el TC como un mecanismo para la resolución de conflictos entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión e información. Sin embargo, el Tribunal advierte que se trata de un criterio en algunos casos insuficiente; pues opera dentro del marco estricto del análisis de si una conducta ha lesionado el derecho al honor en el nivel de la tipicidad, perspectiva en la que además debería analizarse si ese mismo acto configura una “causa excluyente de antijuridicidad” en lo relacionado con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión (STC 107/1988).

El *animus iniurandi* concibe el conflicto entre libertad de expresión e información y el derecho al honor como un mero problema entre derechos fundamentales, asentándose en la convicción de prevalencia del derecho al honor como criterio subjetivo. Desconoce, además, las libertades dadas por la CE en su artículo 20: “No sólo son derechos fundamentales de cada persona, sino que también significan el reconocimiento y garantía de la opinión pública libre (...), estando por ello (...) dotadas de una eficacia que trasciende a la que es común y propia de los demás derechos fundamentales, incluido el del honor” (STC 107/1988, FJ 2). Su explicación se basa en que, al ser un conflicto entre derechos fundamentales, tiene un tratamiento de carácter constitucional; desconociendo una característica esencial de uno de esos derechos, que es la dimensión institucional de la libertad de expresión e información. Es esa peculiaridad la que mueve el conflicto a un plano diferente, pues “no se trata de establecer si su ejercicio ha ocasionado lesión, penalmente sancionada, del derecho al honor, para lo cual continúa siendo inevitable la utilización del criterio del *animus iniurandi*, sino de determinar si el ejercicio de esas libertades constitucionalmente protegidas como derechos fundamentales actúa como causa excluyente de la antijuridicidad” (STC 107/1988, FJ 2). De lo descrito antes, se podría inferir que el TC concibe al *animus iniurandi* al nivel de la tipicidad y al ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información al nivel de la antijuridicidad. En este último, estos derechos pueden actuar como causa de justificación?

La ubicación del *animus iniurandi* en la estructura de la argumentación en estos conflictos ha sido desarrollada en varias sentencias del TC. Por ejemplo, en la 51/1989, donde promulga que el análisis del *animus iniurandi* debe darse en los tribunales penales; o en la 173/1995, donde reitera la insuficiencia del criterio. En todo caso, es probable que este criterio sea replanteado a la luz de las críticas que ha recibido en la doctrina (Mendoza Escalante, 2007, p. 313).

## 3.6 Formulación de la norma adscrita

Las normas de los derechos fundamentales que no están establecidas directamente por el texto constitucional, sino que están adscritas a las normas expresas, se conocen como ‘normas

adscritas'. Para la adscripción de estas normas a una norma de derecho fundamental, es necesario que sea posible una argumentación iusfundamental; sin embargo, Alexy admite que, en muchos casos, existe incertidumbre acerca de cuáles pueden ser normas adscritas de derecho fundamental (Alexy Robert, 1993, pp. 70-72). La norma adscrita es una norma de carácter complejo y data de la jurisprudencia del TC. Esta hace una enunciación de los supuestos en los que el derecho al honor se ve lesionado por el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información. Se dice que es una norma de carácter complejo, porque, a su vez, contiene sub-normas y sucesivos niveles de concreción. Para formularla, se requiere de la concurrencia tanto de enunciados hipotéticos como de definiciones normativas (Mendoza Escalante, 2007, pp. 313-315).

La norma adscrita es el medio por el cual se articulan los criterios desarrollados por el TC y expuestos en las páginas anteriores, con la finalidad de plantear una posible solución al conflicto objeto de estudio.

### 3.6.1 ¿Cómo se puede enunciar?

La norma adscrita puede ser enunciada como se muestra en la siguiente tabla:

<b>Norma Adscrita</b>	<p>-Si una opinión (expresión) tiene como finalidad un asunto de interés público y carece de expresiones vejatorias, entonces no lesiona el derecho al honor.</p> <p>-Si una información tiene como finalidad un asunto de interés público y carece de expresiones vejatorias, entonces no lesiona el derecho al honor.</p>
<b>Interés Público</b>	<p>Nivel 1 de concreción:          -Una expresión o información reviste interés público si compete al conjunto de ciudadanos.</p> <p>Nivel 2 de concreción:          -Las conductas delictivas, sin importar el carácter de sujeto privado del afectado por la noticia, revisten interés público.</p>

<b>Veracidad</b>	<p>Nivel 1 de concreción: -La información es veraz si se cumple con el deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad.</p> <p>Nivel dos de concreción: -A mayor intensidad en la atribución de un hecho, el deber de diligencia será mayor; sin olvidar que debe ser considerado el grado de credibilidad de la fuente y la posibilidad de contrastación. -Los aspectos esenciales de la información denotan un nivel de diligencia mayor que los secundarios. -Las fuentes de la información no deben ser desconocidas. Sin embargo, la identidad de la fuente no supone obligación de revelarlas. -Una información es veraz aun cuando sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales, pero que no afecten la esencia de lo que se ha informado.</p>
<b>Reportaje Neutral</b>	<p>Si un medio reproduce la opinión o información de un tercero debido al interés público de las mismas, se está ante un caso de reportaje neutral. Esto impone una exigencia de comprobación de la veracidad: -Correspondencia exacta entre lo declarado por el tercero y la información transmitida por el informador. -Identificación del sujeto emisor de la opinión o información. -Ausencia de indicios razonables de falsedad.</p>

Fuente: elaboración propia.

Después de evidenciar cómo se logra la formulación de la norma adscrita, no queda duda de su carácter complejo; en cuanto tal, se compone, a su vez, de diversas definiciones normativas de interés público, veracidad y reportaje neutral, acompañadas de normas con estructura hipotética (si A, entonces B). El TC ha desarrollado numerosos criterios para el conflicto entre estos derechos que, de una u otra manera, nos llevan a esta norma compleja.

### 3.6.2 ¿Cómo se comprueba?

Una vez establecida la norma adscrita, se debe comprobar si ciertamente su aplicación se desarrolla bajo un modelo de subsunción. Lo anterior, con la finalidad de conocer cómo se aplican los criterios jurisprudenciales; para, así, identificar si la resolución de un conflicto se da por la aplicación de los criterios (por medio de la norma adscrita). Las normas que la componen sirven de base, de premisa mayor, bajo la cual se subsume el conflicto entre la libertad de expresión e información y el derecho al honor. Si lo anterior llegara a corroborarse, se podría afirmar que la manera más aproximada de resolver estos conflictos es por medio del modelo de subsunción y no por el modelo de la ponderación<sup>47</sup>; y se

<sup>47</sup> No se trata de una ponderación, pues no se establecen condiciones de precedencia para que un derecho ceda frente a otro. La ponderación supone establecer relaciones de precedencia para casos en los que haya conflicto entre libertad de expresión e información y derecho al honor, donde se establecen enunciados que justifiquen en cada caso por qué prevalece un derecho sobre otro.

reafirmaría lo señalado en párrafos anteriores (el desplazamiento de un modelo de principios a uno de reglas) (Mendoza Escalante, 2007, pp. 315-317).

Para comprobar si en realidad se emplea el modelo de subsunción, es preciso, en primer lugar, identificar los hechos que dan pie a pensar que se está frente a un conflicto entre libertad de expresión e información y derecho al honor. En segundo lugar, se deben identificar los enunciados que contengan los criterios de la norma adscrita y se examina la presencia o no de cada uno de dichos requisitos (ausencia de expresiones injuriosas, veracidad, interés general). En tercer lugar, se aplican los criterios al caso concreto. Finalmente, se debe concluir si en el caso específico la información que fue divulgada cumple o no con los requisitos y si, entonces, se debe dar amparo al derecho a la libertad de expresión e información (constatando así que se está en presencia de un modelo de subsunción).

El procedimiento anterior consiste, entonces, en la subsunción de la expresión o información presuntamente lesiva del derecho al honor bajo los criterios de la norma adscrita. Es indiscutible que en cada caso analizado van a concurrir de manera distinta los criterios. En los casos que representan mayor complejidad, se estará en presencia de todos los criterios; en otros, solo de algunos; y habrá otros supuestos donde solo se estará en presencia de uno de ellos (inclusive cuando la argumentación inicial del Tribunal dé a entender que se está en presencia de una formulación que los contenga a todos).

### **3.7 Ponderación**

Como se ha venido argumentando, el TC no emplea el modelo de ponderación para resolver conflictos entre los derechos fundamentales objeto de estudio. Por el contrario, hace uso del modelo de subsunción que, básicamente, se encarga de examinar si a la hora de emitir una opinión o información se ha hecho de la manera adecuada; es decir, dando cumplimiento a los criterios antes estudiados. Tales criterios deben ser aplicados a cada caso en concreto, pues son los elementos que configuran la norma adscrita<sup>48</sup>. La norma adscrita no cambia, siempre es la misma; lo que varía es su aplicación, dadas las características de cada caso. Esta constatación conduce a que el conflicto entre libertad de expresión e información y derecho al honor adopte la estructura de regla antes que la de principio; es decir, estamos frente a un modelo de reglas y, por ende, el procedimiento que debe emplearse corresponde al modelo de subsunción.

Sin embargo, ante la propuesta anterior, vale la pena considerar las críticas que se han suscitado en torno a la indeterminación en la interpretación de las exigencias de la norma adscrita. La aplicación del modelo de subsunción bajo la norma adscrita antes que un modelo de ponderación no exime de la presencia de algunos problemas, que se dan principalmente por motivo de la aplicación de los criterios de interés público, veracidad y ausencia de expresiones vejatorias; pues, ciertamente, exhiben algún nivel de indeterminación cuando son aplicados.

En su desarrollo jurisprudencial, el TC ha establecido que el ejercicio de la ponderación es un procedimiento que tiene como fin conocer si la libertad de expresión o de información

---

<sup>48</sup> Más allá de que algunos consideren que los criterios puedan llegar a ser indeterminados.

ha sido ejercida dentro de sus límites (interés público, veracidad, ausencia de expresiones vejatorias). Su ejercicio es increpado principalmente por los jueces, que elaboran críticas basadas en la forma de aplicación de los criterios (es decir, la forma de aplicación de la norma adscrita).

“La ponderación no constituye una labor hermenéutica sustancialmente distinta de la de determinar el contenido de cada uno de los derechos en presencia y los límites externos que se derivan de su interacción recíproca” (STC 219/1992, FJ 2). Su finalidad es determinar “si se han vulnerado o no los derechos fundamentales, atendiendo al contenido que constitucionalmente corresponda a cada uno de ellos” (STC 204/2001, FJ 2)<sup>49</sup>. La ponderación o valoración<sup>50</sup> exige, entonces, una delimitación conforme a los parámetros constitucionales que permita analizar y demarcar los derechos en conflicto. Lo anterior puede lograrse inspeccionando si la información u opinión emitida satisface o no los requisitos propios de la libertad de expresión e información en cuanto a derechos fundamentales; es decir, corroborando si tales requisitos conforman la norma adscrita (en otras palabras, verificando los límites internos de la libertad de expresión e información). “Ahora la verificación de si una opinión o información satisfacen o no tales requisitos no tiene que ver con el procedimiento de ponderación” (Mendoza Escalante, 2007, p. 334); “dicha ponderación constituye siempre un ejercicio casuístico en el que hay que determinar cuidadosamente si los supuestos de hecho son subsumibles en los presupuestos jurídicos” (Pardo Falcón, 1992, p. 141). Lo que busca la ponderación, entonces, es verificar si una conducta expresiva o informativa se subsume o no en las condiciones establecidas por la norma adscrita para el supuesto donde entra en conflicto con el derecho al honor.

### **3.8 Indeterminación de la norma adscrita en sentencias del TC**

#### *3.8.1 Interés público*

Como ya se ha dicho, el interés público concibe los hechos de su propensión a aquellos que afectan al conjunto de ciudadanos. En realidad, este criterio es el que menos ha presentado problemas. Los casos que han instado mayor atención y esfuerzo a nivel argumentativo han sido los supuestos donde la información pregonada instituye la intervención en el derecho al honor o en el derecho a la intimidad. En tales casos, lo que se busca es conocer si la emisión de un juicio de valor o de una información funda una intromisión en alguno o en ambos derechos; y si es relevante o contribuye al interés público del objeto de la información u opinión. Una vez se comprueba lo anterior, la intrusión estará fundada constitucionalmente; de lo contrario, se estará ante una lesión del derecho al honor, a la intimidad o a ambos.

La STC 171/1990 arguye que “el valor preferente del derecho a la información no significa, pues, dejar vacíos de contenido a los derechos fundamentales de las personas afectadas o perjudicadas por esa información, que ha de sacrificarse solo en la medida en que

---

<sup>49</sup> Ver también: STC 180/1999, FJ 3; STC 115/2000, FJ 2.

<sup>50</sup> El TC, en alguna ocasión, sustituyó el concepto de ponderación por el de valoración (STC 297/2000, FJ 3).

resulte necesario para asegurar una información libre en una sociedad democrática, como establece el artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Cuando el ejercicio del derecho de información no exija necesariamente el sacrificio de los derechos de otro, pueden constituir un ilícito las informaciones lesivas de esos derechos”. Esto sucedería, entonces, cuando “se comuniquen los hechos que afecten a su honor o a su intimidad que sean manifiestamente innecesarios e irrelevantes para el interés público de la información”. El TC es bastante claro, en que los hechos manifiestamente innecesarios e irrelevantes para el interés público de la información lesionan el derecho al honor, a la intimidad o a ambos. Lo anterior no consiste en más que un examen de idoneidad entre la intervención de esos derechos y su finalidad informativa (el interés público) (Mendoza Escalante, 2007, p. 338). Los principios de idoneidad y de necesidad son los encargados de ayudar a establecer la ausencia o presencia del interés público de la información.

Retomando la sentencia que nos ocupa (STC 171/1990), es clave señalar que, al analizar un caso, para establecer distintas hipótesis de lo sucedido, se acude a informaciones privadas, personales; que en muchos supuestos pueden llegar a lesionar el derecho a la intimidad. En el caso específico, unos artículos periodísticos dan cuenta de una serie de acontecimientos que llevaron a un accidente aéreo. En esos artículos se establece una posible responsabilidad del piloto en el accidente. Los artículos empiezan a relatar una cantidad de asuntos personales, que poco o nada tienen que ver con el fondo de la discusión; dando cuenta, por ejemplo, de que el piloto fue despedido por agredir a un compañero, de la agresión a un pasajero, de una posible depresión; todos hechos que dan a suponer que el sujeto ostenta un carácter agresivo. En otro de los artículos, se enuncia que la vida privada del piloto va a ser estudiada de manera muy detallada para intentar establecer si ello hubiese podido influir en la seguridad de los vuelos; en otro caso, incluso, se alude a su “forma reflexiva de volar”. El Tribunal, entonces, con base en esa información, empieza a establecer una hipótesis y a realizar conjeturas con relación a lo sucedido; incorporando una posición iusfundamental en la libertad de expresión. Lo que importa es que las características personales y laborales del comportamiento del piloto podrían ser objeto de información; cuestiones que, en nuestra opinión, lesionan sin lugar a duda el derecho a la intimidad<sup>51</sup>. Sin embargo, para el Tribunal la información sobre las cualidades personales del piloto sí eran relevantes; principalmente, porque estas podrían incidir en la plenitud de aptitudes requeridas para desempeñar de manera satisfactoria su oficio. Solo en este aspecto se podría justificar la afectación al derecho a la intimidad del piloto: en tanto, permite “el esclarecimiento de un accidente aéreo y, en particular, el que parecía involucrar al piloto de un avión siniestrado” (Mendoza Escalante, 2007, p. 340). Por el contrario, el resto de información aportada representa una agresión al derecho fundamental a la intimidad y al derecho al honor; en cuanto no da cuenta de ser idónea para el mencionado fin informativo.

En sentencia posterior, la STC 172/1990, se abordan de nuevo los hechos antes descritos, con la finalidad de desarrollar una posible hipótesis sobre lo sucedido y endilgarle una potencial responsabilidad al piloto. Para esto, se trae a colación un asunto de su vida privada que, en nuestra opinión, nada tiene que ver con el accidente aéreo en el que el sujeto estuvo involucrado. El Tribunal argumenta que “este vivía con otra mujer, una azafata de Iberia, que se encuentra embarazada de siete meses”; y además afirma que esa información “de ser cierta

---

<sup>51</sup> En la STC 144/1999, FJ 8, el TC señaló que el contenido del derecho a la intimidad, el poder de control de la información referida al expediente y despido, también implicarían una lesión del derecho a la intimidad.

podría, quizá, en determinadas circunstancias venir amparada en el derecho de información”. Nos parece que el Alto Tribunal no cuenta con argumentos que justifiquen o amparen el derecho a la información en este caso; tanto así que, posteriormente, asegura que la ausencia de relevancia pública es un sacrificio innecesario del derecho a la intimidad y, por tanto, se ve lesionada (STC 172/1990, FJ 4).

El piloto es un sujeto privado que por participar en un hecho de interés general que conmocionó a la ciudadanía por la importancia del servicio de transporte aéreo y la magnitud de las consecuencias del caso, puede verse sometido a críticas por lo ocurrido; pero en ninguna circunstancia debería verse envuelto en escándalos por la simple curiosidad de la opinión pública por escudriñar en su vida íntima (que claramente no tiene conexión con el hecho de la información). Incluso, el TC da el visto bueno a lo expresado por el TS en cuanto a que “la intromisión en el honor e intimidad producida por la información publicada (...) es ilegítima por haber sido ocasionada en ejercicio abusivo y desproporcionado del derecho de información” (STC 172/1990, FJ 4). El centro del artículo era informar sobre la posible responsabilidad del piloto en el accidente aéreo, no indagar sobre su vida privada ni mucho menos reprocharlo por sus actuaciones pasadas<sup>52</sup>. La ausencia de conexidad entre lo que se pretendía conocer y lo que en realidad se hizo público salta a la vista; así como también lo hace la ausencia de idoneidad y de necesidad.

La STC 121/2002 da cuenta de cómo un reportaje periodístico de un semanario ilustra lo sucedido en un homicidio, informando las circunstancias aparentemente más importantes y la forma en la que la investigación de la policía llevó a determinar la autoría de lo sucedido. El artículo, al hacer el recuento de los hechos, menciona a una mujer a la que, aunque ajena a lo sucedido (el homicidio), se le otorga un gran protagonismo en la historia. Aquella mujer, en una edad temprana, había sido inducida a la prostitución por la autora del crimen, con la que sostuvo una relación amorosa. Posteriormente, la relación fue finalizada, ya que la mujer que había sido inducida a la prostitución había comenzado otra relación afectiva con un sujeto (la víctima en este caso), lo que detonó los celos en la otra mujer y la llevaron, al parecer, a perpetrar el homicidio.

El TC considera que las referencias que se hacen de la mujer sometida a la prostitución lesionan indiscutiblemente el derecho a la intimidad y al honor, pues la información suministrada sobre su vida privada (que ejercía la prostitución) “carece de trascendencia informativa en relación con el crimen relatado, y revela innecesariamente un aspecto de su vida privada que, además, la hace desmerecer del concepto público, al vincularla a una actividad socialmente reprobada que proyecta sobre ella un juicio negativo” (STC 121/2002, FJ 5). Estos hechos, al no tener que ver con lo sucedido, resultan por ende innecesarios e irrelevantes para el interés público. La información antedicha carece de la “relevancia pública necesaria para atribuirle valor alguno en la formación de la opinión pública sobre el hecho que constituía el objeto central del reportaje periodístico” (STC 121/2002, FJ 5).

Tal como sucedió en el análisis de la sentencia anterior, la ausencia de conexidad es la protagonista: es evidente que los hechos relatados en el semanario poco tienen que ver con

---

<sup>52</sup> Haciendo la salvedad de que su afición a la bebida, aunque perteneciera al ámbito privado y se hallara dentro de la esfera del derecho a la intimidad, sí se constituía como un dato relevante que justificaba la intervención y posterior difusión de esa información en concreto, en cuanto guardaba una estrecha relación con el fin informativo del artículo: saber si el piloto fue o no responsable del accidente aéreo.

la intención inicial del artículo. Aunque el TC no desconoce que los móviles del homicidio tengan que ver con la relación afectiva entre ambas mujeres, “se vincula directamente con los móviles del mismo, y es innegable que el conocimiento del móvil (...) tiene en este caso trascendencia informativa, lo cual podría descartar la lesión de los derechos fundamentales en juego” (STC 121/2002, FJ 5). En total, se abordan dos componentes de la vida privada de la mujer: su relación afectiva homosexual y su oficio como prostituta. Este último se consolida como una intromisión en su derecho al honor y a la intimidad; que resulta, como ya se ha advertido, innecesaria para el supuesto fin informativo del artículo (esclarecer los móviles del homicidio). Como ya se señaló, únicamente su relación afectiva podría tener una vinculación directa con el propósito informativo de la noticia; por lo que esa intromisión al derecho a la intimidad es legítima para el TC.

Las sentencias estudiadas permiten concluir lo que bien se advirtió en el subtítulo que precede estas líneas: el análisis del criterio de interés público ostenta un grado de indeterminación entre el medio y la finalidad. En el primer caso, se encuentra constituido por la concreta intervención de los derechos al honor y a la intimidad; en el segundo caso, por la finalidad informativa concreta. La disrupción entre medios y fines está caracterizada por la ausencia de conexidad. En el afán de emitir una información, se deja de lado si esta despliega o no la calidad de interés público; y puede entretenerse que, probablemente, se está incurriendo en una vulneración efectiva y real de los derechos a la intimidad y el honor.

### *3.8.2 Veracidad*

La veracidad constituye una garantía de constitucionalidad del derecho a la información; se compone de varios elementos reconocidos por la doctrina constitucional. La información debe versar sobre hechos objetivos y reales, que no puedan ser manipulados ni desvirtuados. Además, esa realidad fáctica debe ser comprobada razonablemente, no puede estar basada en rumores, invenciones o insinuaciones insidiosas, debe existir una investigación previa a la publicación. Sin embargo, en muchos casos, resulta complejo hacer una averiguación adecuada, dado el carácter indeterminado que contienen algunos supuestos.

Hallar un criterio exigente y riguroso (que deje al margen la laxitud a la hora de realizar el proceso de verificación del criterio de veracidad) resulta, en los casos complejos, una tarea titánica. Ello obedece a que, a diferencia del criterio del interés público que cuenta con las reglas de idoneidad y necesidad, el criterio de veracidad se vale casi únicamente de la razonabilidad; con la agravante de que, en muchos casos, resulta poco concluyente. Esto, inevitablemente, suscita un margen de indeterminación, dada la valoración que se haga en cada caso concreto (Mendoza Escalante, 2007, pp. 358-359).

La STC 240/1992, por ejemplo, da cuenta de un diario que informó que un sacerdote había sido el encargado de desalojar a un grupo de nudistas en una playa, con previa autorización del ayuntamiento correspondiente. En la noticia, se dio a conocer el nombre del párroco (sin su apellido), así como la ciudad de su parroquia. Dicho sacerdote, no obstante, nunca estuvo involucrado en los hechos narrados. El Tribunal aborda el examen del criterio de veracidad desarticulando el caso en dos aspectos. En primer lugar, aborda el error, arguyendo que este no fue esencial, dado que el objetivo central del artículo era informar “sobre la condición de sacerdote que se había visto involucrado en los referidos acontecimientos, dada la posición que asume la comunidad” (STC 240/1992, FJ 6). En segundo lugar, analiza la diligencia

empleada por el informador; de esta se concluye que, si bien hubo un error a la hora de identificar al párroco, este fue involuntario. Asimismo, dijo que la responsabilidad y diligencia del informador quedó demostrada con la rectificación de la información que se efectuó a solicitud del afectado (STC 240/1992, FJ 7).

Sin embargo, la apreciación del Alto Tribunal en este supuesto es poco acertada. El Tribunal afirma que el propósito de la información reside en informar sobre la “destacada” participación de un párroco en los hechos, dada la posición que un sujeto con esas características representa en la comunidad (el contexto que se da es el de recalcar el “contraste de ciertos hábitos con la moralidad y las costumbres tradicionales”) (STC 240/1992, FJ 6). Dicho esto, la labor del sacerdote, como figura moral y recta, no puede considerarse en un segundo plano; pues es él precisamente el afectado, ya que se le atribuyen hechos como propios cuando son acusaciones carentes de verdad y que lesionan su honor. Además, un hecho de esa magnitud no puede ser considerado como “carente de entidad esencial” cuando hubo un error en la identificación de uno de los protagonistas del hecho informado. ¿Dónde queda, entonces, la labor previa del informador de verificar y contrastar la información para evitar este tipo de errores?

En la STC 52/1996, por otra parte, se tiene un artículo periodístico que emplea una grabación para informar unos hechos, donde queda en evidencia una conversación sostenida entre un empresario y un auditor de una obra ejecutada por aquel (en la que el empresario le ofrece una cantidad determinada de dinero al auditor a cambio de que la auditoría tomase decisiones favorables a sus intereses). La grabación de la conversación fue la única fuente usada por el periodista; esta fue obtenida por medio de un tercero que lo contactó para darle la cinta e informarle sobre aparentes irregularidades cometidas por el empresario a lo largo de la ejecución de la obra. Es significativo anotar que la conversación fue grabada por el auditor, pero llegó a manos del tercero sin su conocimiento.

Aprecia el Tribunal que la información divulgada lesiona el derecho al honor; en tanto “desmerece objetivamente al empresario, o al menos su crédito personal y profesional”; el deber de diligencia “debió haber sido cumplido con especial intensidad” por parte del informador, al representar un “grave descrédito” al empresario (STC 52/1996, FJ 7). La veracidad de la fuente nunca fue contrastada ni constatada en dicho supuesto. La correcta aplicación de la norma adscrita supone la verificación del criterio de veracidad; diligencia que acarrea mayor rigor a medida que la información propenda una mayor lesión a los derechos del sujeto afectado y que inste algún tipo de error en la información representada. El Tribunal hace énfasis en la necesidad de haber efectuado, por parte del informador, diligencias adicionales para dar cumplimiento a los requisitos. Se realiza, entonces, un análisis de repercusión del error, que consiste en valorar “la intensidad o gravedad de la intromisión en el derecho al honor, su consideración incide en el grado de exigibilidad de dicho deber” (Mendoza Escalante, 2007, p. 363).

El deber de veracidad “deviene especialmente intenso cuando el contenido de las manifestaciones consiste en la imputación de conductas delictivas” (STC 47/2002, FJ 4). En otra oportunidad, expone el Tribunal que “el nivel de diligencia exigible adquiere su máxima intensidad, cuando la noticia que se divulga puede suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere” (STC 52/2002, FJ 6). Puede concluirse que el criterio de veracidad ostenta distintos márgenes de valoración o de apreciación; como consecuencia, se deriva una mayor o menor exigencia de la diligencia

en proporción a la intensidad de la lesión. Como se dijo antes, este criterio, a diferencia del de interés público, no cuenta con las reglas de necesidad e idoneidad en el proceso de verificación; por lo que no deja de ser una mera apreciación.

### 3.8.3 Ausencia de expresiones vejatorias

En la cotidianidad, es relativamente fácil identificar expresiones constitutivas de insulto. Sin embargo, en algunos supuestos resulta problemático denotarle a una expresión el carácter de injuriosa. Lo anterior se ve reflejado en las discrepancias de algunas sentencias del TC. Quizá la sentencia más representativa de expresiones injuriosas (y, por ende, de las más cuestionadas) es la STC 105/1990, donde se llegó a afirmar que la libertad de expresión e información “no protegen un pretendido derecho al insulto”. En esta, un expresidente de la Federación de Fútbol Española fue duramente criticado por un periodista que manifestó “expresiones claramente ofensivas, vejatorias, que versaban sobre sus aspectos físicos de una persona (lo de ‘Pedrusquito’ lo he dicho en muchísimas ocasiones, es tan solo un apelativo cariñoso que identifica sus escasos centímetros, su poco pelo y su nulo talante; ni ve y no es por las cataratas... ‘Pedrusquito Catarata Roca...’), sobre su valía moral (‘vil vasallo de Pablo Porta...’ ‘impresentable Presidente de la Federación Española de Fútbol’) o sobre su capacidad intelectual (‘ni oye, ni sabe, ni quiere, ni puede...’ ‘el tío no sabe nada y sabe de todo. Bien’)” (STC 105/1990, FJ 8). Además de esta sentencia, existen muchas otras donde es posible verificar, de manera muy clara, qué expresiones vejatorias son consideradas como lesivas del derecho al honor<sup>53</sup>.

Por otro lado, también existen supuestos donde no resulta claro identificar expresiones vejatorias. Es el caso, por ejemplo, de la STC 297/1994, donde se realiza un análisis de un artículo que hace una fuerte crítica al líder de una secta religiosa, que es descrito como un “mangante; sacacuartos, sujeto perverso que se ha apañado para vivir a costa de la estupidez ajena”. En este supuesto, el TC aprecia que no se ha lesionado el derecho al honor; pues lo que el artículo hace es una crítica a un aspecto de interés público (aspecto sobre el que no cabe duda, ya que la valoración del hecho por parte del juez penal es satisfactoria). Sin embargo, no se analiza a fondo si las expresiones que reposan en el artículo tienen el carácter o no de ser vejatorias. Esto es justificado en la sentencia, arguyendo que en las resoluciones de instancia ya se había excluido la existencia del *animus iniuriandi* (valoración que es dada exclusivamente por los jueces penales). Sin embargo, este argumento tampoco explica la ausencia del análisis de las expresiones para determinar su carácter vejatorio.

Lo que más llama la atención en este supuesto es el voto particular de uno de los magistrados<sup>54</sup>, quien considera que las expresiones que yacen en el artículo objeto de estudio sí denotan el carácter de injuriosas y vejatorias. Así, invocando la dignidad de las personas referida en el artículo 10.1 de la CE y la prohibición del derecho al insulto de la STC

---

<sup>53</sup> Así en las sentencias: 172/1990 (“cachondo mental y mal educado y grosero”, refiriéndose al piloto de un avión siniestrado); 85/1992 (“liliputiense”, en alusión a la estatura del personaje objeto de crítica); 336/1993 (“analfabetismo, chulo barriobajero, chabacano, mentiroso, con gente así da asco ser ciudadano”, con relación a un alcalde); 42/1995 (“personaje vergonzante para la profesión, temerario e ignorante, aparte de bobo, envidioso y acomplejado”); etc.

<sup>54</sup> Voto particular del magistrado D. Fernando García-Mon y González-Regueral.

105/1990, estima lesionado el honor. El magistrado, en nuestra opinión, tiene razón en afirmar que las expresiones son formalmente vejatorias; pero no queda claro en realidad cuáles fueron las razones del TC para afirmar lo contrario.

En la STC 214/1991, el TC, centrándose en el derecho a la dignidad de las personas, aborda el caso del reportaje ‘Cazadores de nazis vendrán a España para capturar a Degrelle’. Degrelle era un ex jefe de la SS, que había declarado, entre otras cosas, lo siguiente:

*¿Los judíos? Mire usted, los alemanes no se llevaron judíos belgas, sino extranjeros. Yo no tuve nada que ver con eso. Y evidentemente, si hay tantos ahora, resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios. (...)*

*El problema de los judíos (...) es que quieren ser siempre las víctimas, los eternos perseguidos, si no tienen enemigos los inventan. (...)*

*Falta un líder; ojalá viniera un día el hombre idóneo, aquél que podría salvar a Europa... Pero ya no surgen hombres como el Führer...*

El examen de las expresiones de Degrelle requiere un análisis no solo a la luz del derecho al honor, sino también a la luz de otros principios y derechos constitucionales que están vinculados de manera directa con tal derecho (como el derecho a la dignidad, de donde deriva este derecho, y muchos otros) (STC 214/1991, FJ 1). El Tribunal considera que las expresiones dichas por Degrelle están dentro del marco de la libertad de expresión, sin desconocer que ellas representan juicios ofensivos al pueblo judío, además de haber manifestado de manera expresa su fuerte deseo que surja un nuevo *führer* (con lo que ello significa para el pueblo judío a la luz de la historia). En su concepto, tales expresiones detentan “una connotación racista y antisemita, una incitación antijudía, esta incitación racista constituye un atentado contra el honor de la actora y de las que pertenecen al colectivo, debido a que el juicio que se hace conlleva a imputaciones efectuadas en descrédito y menosprecio de las víctimas” (STC 214/1991, FJ 8).

Lo dicho por Degrelle no solo es contrario al derecho al honor, sino también a la dignidad humana:

*La dignidad como rango o categoría de la persona como tal, del que deriva y en el que se proyecta el derecho al honor (...), no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias. El odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que solo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos. Por lo mismo, el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza. (STC 214/1991, FJ 8)*

Admitir que esas expresiones caben dentro de lo que protege el derecho a la libertad de expresión conlleva, como bien se dice en algún apartado de la sentencia, a “desconocer la efectiva vigencia de los valores superiores del ordenamiento, en concreto la del valor igualdad consagrado en el art. 1.1 de la Constitución, en relación con el art. 14 de la misma, por lo que no pueden considerarse como constitucionalmente legítimas” (STC 214/1991, FJ 8). El ejercicio del derecho a la libertad de expresión no puede desconocer los derechos a la dignidad e igualdad de las personas: no pueden verse amparadas expresiones que están destinadas a menospreciar y socavar el valor de las personas por el solo hecho de pertenecer

a un grupo social, etnia o a religión. Los Estados sociales de derecho deben amparar y proteger a todos los miembros de la comunidad. El “carácter racista y xenofóbico” de las expresiones detonan, de manera intrínseca, una lesión al honor y dignidad de las personas y, por ello, deben ser concebidas como límites inmanentes a la libertad de expresión (STC 214/1991, FJ 8).

Este último criterio da cuenta de lo difícil que puede llegar a ser determinar si una expresión es o no vejatoria; no tanto por la indeterminación del concepto en sí, sino por las distintas apreciaciones que pueden surgir de una misma expresión. No existe un instrumento que permita calificarlas, a diferencia de los otros criterios que sí cuentan con mecanismos como la idoneidad y necesidad (en el caso del interés público) o la razonabilidad (en el caso del de veracidad). A esto debe agregarse que este último criterio está íntimamente ligado a las valoraciones culturales y, por ello, está impregnado por un alto nivel de subjetividad; que lleva a que el análisis de las expresiones se haga teniendo en cuenta el contexto en el que fueron promulgadas. El contexto permite describir una situación y apreciar el alcance de la vulneración de los derechos; pero, en todo caso, no deja de ser una valoración meramente subjetiva.

### **3.9 Conclusiones**

- El principio de proporcionalidad se encuentra conformado por las reglas de idoneidad y necesidad. La regla de idoneidad concibe que el medio que interviene en el derecho fundamental debe ser adecuado para satisfacer su fin. Como se dijo antes, se trata de una relación de causalidad entre medio y fin; lo que implica la realización de un examen de talante empírico. El medio, en este caso, es la directa intervención en el derecho fundamental; y el fin se constituye en la realización de otro derecho fundamental.
- La ponderación y subsunción constituyen métodos de aplicación del derecho en general y, por ende, son estrategias aplicables en la resolución de conflictos entre derechos fundamentales.
- La ponderación es un procedimiento por medio del cual se resuelven conflictos iusfundamentales. Con este, se establece una relación de precedencia condicionada entre dos derechos fundamentales que se encuentran en conflicto, con la consecuencia de que uno de ellos va a prevalecer sobre el otro. El instrumento que se usa es la ley de ponderación, donde se establece una relación directamente proporcional (según la cual cuanto mayor sea la intensidad de la intervención, mayor importancia tiene el derecho interviniente). La aplicación de la ley de ponderación implica tres pasos: primero, determinación del grado de no satisfacción o de afectación de un principio (derecho); segundo, determinación de la importancia de satisfacción o cumplimiento del principio contrapuesto; y, tercero, establecimiento de si la importancia de satisfacción del principio contrapuesto justifica la afectación del otro.
- El Tribunal Constitucional español ha desarrollado criterios para resolver el conflicto entre libertad de expresión e información y derecho al honor. Se ha valido del interés público, la veracidad y la ausencia de expresiones vejatorias. Estos criterios desarrollados jurisprudencialmente se han usado para solucionar los problemas de indeterminación del ordenamiento jurídico y conforman un conjunto de condiciones de precedencia que

establecen en qué casos ha de prevalecer un derecho sobre otro. De ese modo, se configura la norma adscrita; que, si bien en su generalidad ayuda a resolver el conflicto, no deja de generar dudas en torno a si elimina por completo el problema de la indeterminación.

- La subsunción es el método aplicado para la resolución del conflicto entre libertad de expresión e información y derecho al honor. Esta operación lógica consiste en determinar que un hecho jurídico reproduce la hipótesis contenida en una norma general. Es decir, básicamente, es una estructura donde la premisa mayor estará compuesta por la norma adscrita y la premisa menor por el supuesto conflictivo.

#### **4. DILEMAS A LOS QUE SE ENFRENTA EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: REDES SOCIALES Y DISCURSOS DE ODIO**

*“El poder de expresarse es tan antiguo como la raza humana; hacerlo con palabras suficientes y un orden adecuado ha dependido de los progresos del lenguaje. Usar las*

*palabras para transmitir creencias, opiniones o informaciones y hacerlo con plena libertad ha necesitado, en fin, muchos años de maduración, un largo proceso que no puede darse por concluido del todo.”*  
(Muñoz Machado, 2013, p. preliminar)

El derecho debe evolucionar a la par de los cambios sociales. La masificación de la información, el acceso a la misma, las fuentes de información, los canales por los que es transmitida, el constante enfrentamiento entre derechos fundamentales por el uso de redes sociales (libertad de expresión e información frente a intimidación, honor y propia imagen); son cuestiones que suscitan hoy un debate muy interesante y difícil de resolver, dada la relevancia constitucional de estos derechos (Gamboa Sánchez, 2019). Como si fuera poco, debe tenerse en cuenta el papel de las redes sociales, que implican la masificación de la información, el uso desmedido de estas y su impacto en la forma en la que nos comunicamos hoy.

La descripción anterior motivó este capítulo, a fin de brindar una visión genérica (pero concisa y estructurada) sobre los problemas más comunes que surgen del uso de redes sociales, así como los límites que halla el derecho a la libertad de expresión en una sociedad virtual, cambiante, subyugada, sesgada y radicalizada.

La red informática “se introduce en la vida de las personas y a su vez las personas se introducen en ella; esa interacción continua genera que las personas culminen definiendo parte de su existencia con relación a esa caja negra” (Contreras, 2014, p. 28). Es un recurso que permite a los sujetos interactuar sin necesidad de tener una proximidad física; es un espacio común, sin fronteras, “convirtiéndose así en el espacio público más público, en un espacio público global, la primera res publica universalis” (Kaufman, 2015, p. 18). Es un espacio común donde las personas desarrollan diversas actividades y activan sus redes sociales. En estas, los individuos se comunican, crean lazos, comparten espacios e ideas, se solidarizan cuando es necesario; incluso, se ha llegado a concebirlas como espacios ideales para establecer relaciones fraternales, emocionales, culturales, políticas y religiosas. Alrededor de sus afinidades, los sujetos crean grupos de apoyo y pertenencia; tácitamente, se crean normas de interacción y de comunicación que distan de las que normalmente conocemos cuando estamos en contacto físico con otra persona.

Las redes sociales son concebidas como un espacio de libertad, en donde los individuos tienen la seguridad para hacer literalmente lo que se quiera: desde mostrar apoyo por un político hasta agredir a un sujeto por su orientación sexual, política o religiosa. Incluso, muchas veces, se va más allá de eso, empleándose como medio de reclutamiento y planeación de atentados terroristas. Independiente de la connotación que se le quiera dar, lo cierto es que cada vez más personas hacen parte de esta red infinita. Muchos la sienten como un verdadero hogar, sacrificando las verdaderas relaciones sociales, abandonando la interacción persona-persona, sintiéndose plenos (pero más solos y vacíos que nunca). La gente, así, está dejando de vivir su vida real por construir una vida virtual que dista de lo que realmente son.

*Google y las redes sociales, que se presentan como espacios de libertad, se han convertido en un gran panóptico, el centro penitenciario imaginado por Bentham en el siglo XVIII, donde el vigilante puede observar ocultamente a todos los prisioneros. El cliente transparente es el nuevo morador de este panóptico digital, donde no existe ninguna comunidad, sino acumulaciones de egos incapaces de una acción común, política, de un*

*nosotros. Los consumidores ya no constituyen ninguna fuerza que cuestionará el interior sistemático. La vigilancia no se asume como un ataque a la libertad. Más bien, cada uno se entrega voluntariamente desnudándose y exponiéndose, a la mirada panóptica. (Kaufman, 2015, p. 20)*

En el apartado anterior, se describe de manera bastante certera que las redes sociales están abarcando, prácticamente, todos los ámbitos de la vida de los usuarios. En este sentido, Kaufman las define como una suerte de cárceles virtuales donde prevalece la ceguera por la tecnología, que impide que los usuarios conozcan lo que en realidad sucede con estas plataformas. De hecho, se ha llegado a afirmar que las empresas detrás de estas plataformas se encuentran al tanto de todo lo que sucede en la vida de sus usuarios: gustos, aficiones, orientación sexual y política, culto religioso, entre otras cuestiones. También se ha dicho que, con base en dicha información, los usuarios son perfilados para crear algoritmos orientados a manipular y programar los contenidos que consumen las personas<sup>55</sup>. Vale la pena señalar que lo anterior es solo un punto de vista (entre muchos otros) sobre el manejo que actualmente los usuarios les dan a las redes sociales.

#### **4.1 Redes sociales y libertad de expresión**

La era digital ha transformado la comunicación interpersonal y la participación de los ciudadanos en el debate público. El resultado es notorio: el pluralismo se ha enriquecido y las posibilidades de recibir información ya no se encuentran limitadas a los medios tradicionales de comunicación masiva. Esto ha ayudado a la activa participación ciudadana en la política. Sin fronteras claras entre lo privado y lo público, la privacidad cada vez se ve más relegada: opiniones y sucesos que hacían parte de la intimidad de las personas ahora son la comidilla diaria en las redes, que amplifican a gran escala ese efecto nocivo de la digitalización. Por esto, resulta importante destacar el latente conflicto entre las afectaciones del derecho al honor y a la intimidad de las personas con la emisión de opiniones que superan la barrera de lo público y se implantan en la cotidianidad de las personas, generando violencia y discriminación.

La comunicación entre sujetos en las distintas redes sociales exhibe un gran potencial a nivel político, democrático, cultural, social y personal. Extiende las posibilidades de relacionarse, gracias a la gran oferta de plataformas, que incentiva y promueve el contacto entre personas de acuerdo con sus necesidades y aficiones. No obstante, también trae consigo ciertos riesgos, que van desde la ausencia de la privacidad hasta la pérdida de la identidad de los sujetos ante los cambiantes y retadores entornos sociales (que hacen que la persona se cuestione sobre su vida y su relación con el medio que lo rodea). Los datos personales también se ven afectados, pues ciertas naciones, por medio de las redes sociales y demás plataformas virtuales, pueden recopilar y usar información confidencial de manera ilegal para

---

<sup>55</sup> “La fe ciega en la tecnología impide ver lo que las empresas podrían hacer de modo diferente, cómo sus decisiones internas afectan nuestras vidas de modos que nunca imaginamos y en qué casos nuestra excitación con las nuevas tecnologías nos adormece hasta hacernos aceptar riesgos que ni vemos ni podemos entender” (Mackinnon, 2012, p. 10).

obtener algún beneficio<sup>56</sup> (comprometiendo la estabilidad y seguridad de las naciones). Finalmente, se encuentran los riesgos relacionados con las consecuencias de la expresión de opiniones y puntos de vista en un mundo donde la capacidad de relacionarse de los sujetos cada vez es más progresiva y masiva (dejando a juicio del público receptor el análisis y posterior aprobación o desaprobación del contenido publicado en la web).

Actualmente, el derecho se enfrenta a nuevos problemas “a la hora de disciplinar la expresión en las redes sociales en la medida en que nos sitúan frente a una reevaluación sobre cómo nuestras sociedades se enfrentan a los discursos tenidos por «peligrosos» y sobre la conveniencia de limitar el derecho a emitirlos y transmitirlos, así como nos obligan a reflexionar de nuevo sobre los verdaderos límites de la efectiva «publicidad» y en qué consiste la participación en el debate público, diferente de la relación interpersonal con el propio entorno y que no aflora más allá de este” (Boix Palop, 2016, p. 61).

Las redes sociales son, simplemente, medios que facilitan la expresión de opiniones. Se caracterizan por tener una gran capacidad de penetración y una mayor capacidad de difusión; que es, en últimas, el resultado esperado con su uso: ser un instrumento comunicativo eficaz a favor de las personas que las utilizan. Sin embargo, también son un instrumento que desata pasiones y sentimientos, al punto de llevar a algunos sujetos a “linchar” digitalmente a otros y a divulgar *fake news* o noticias falsas.

#### *4.1.1 Linchamiento digital*

Por linchamiento digital se entienden “aquellas formas de interacción online que se caracterizan por su agresividad explícita y su desvinculación de todo propósito deliberativo” (Arias Maldonado, 2018). El linchamiento es una conducta que se produce por la conmoción social que genera un suceso, por lo que los colectivos atacan en masa a otro individuo por realizar una conducta reprochable; pero, con la digitalización, es posible que este fenómeno se dé también de manera individual (pues para atacar a una persona o un grupo no hace falta estar acompañado de más sujetos). El linchamiento digital individual es una conducta común de sujetos que se dedican a difamar e insultar en solitario, donde el lenguaje agresivo es cada vez más normalizado en el debate público; lo que genera que muchos prefieran callar sus comentarios originales y muchas veces “incómodos” por temor a ser amenazados o a ser víctimas de matoneo<sup>57</sup> de grupos radicales. Lo anterior demuestra una gran paradoja, debido

---

<sup>56</sup> “Entre las revelaciones más significativas que WikiLeaks ha realizado empleando el material recopilado por Edward Snowden, antiguo empleado de una contratación que trabajaba en estos dominios para la CIA y la NSA (esto es, para los servicios de espionaje y de seguridad de los Estados Unidos de América), destacan las pruebas que mostraban cómo las grandes empresas tecnológicas aportaban al gobierno de los Estados Unidos toda la información que este requería sobre los usuarios de sus plataformas y redes sociales, corriendo con todos los gastos (Pétiniaud, 2014; Rotenberg, 2014) y, además, con la complicidad de los Estados europeos, que han hecho caso omiso a sus obligaciones de protección de los ciudadanos respecto de estas injerencias que se deducen tanto de sus propias normas constitucionales como de compromisos adquiridos en tratados como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Salamanca Aguado, 2014)” (Boix Palop, 2016, p. 59).

<sup>57</sup> Expresión utilizada en Colombia para definir el acoso del que es víctima una persona o grupo de personas.

a que las redes sociales deberían ser un espacio para que las personas, dentro de un marco de respeto y tolerancia, expresen sus ideas de manera libre y espontánea.

El declive de los medios de comunicación tradicionales es una de las razones por las que se da el linchamiento digital, debido a que muchos de estos medios ya no generan confianza en la ciudadanía, dadas su cercanía con los gobiernos de turno y las modificaciones que hacen a las noticias (relatando una “verdad” acomodada). En las redes sociales no hay reglas comunicativas, no hay filtros, ni jerarquías; por lo que las personas opinan de acuerdo con lo que sienten, dependiendo del impacto que les ha generado una noticia o el simple morbo. La verdad ya no se encuentra en los noticieros y periódicos, sino en las opiniones de personas que, con sus argumentos, saben llegar a las masas y generar pasiones de todo tipo. Es, en realidad, un juego de emociones.

Otra posible razón para que se dé el fenómeno de linchamiento digital es el anonimato que brindan las redes sociales, pues a menudo no hay identidad y el interlocutor es muchas veces alguien desconocido, de origen dudoso, que no sigue las normas de cortesía ni el respeto por el otro. Se escudan, así, en un usuario para hacer daño, generar polémica y herir susceptibilidades. Muchos internautas no buscan encontrar la verdad sobre un tema, solo desean expresarse y satisfacer su ego. Las redes sociales sirven como medio de entretenimiento masivo, donde el hobby principal es atacar a los demás, generar polémica e indignarse. A su vez, son el espacio ideal para concretar el conflicto que existe entre distintos grupos sociales y morales, ya sea para educar y compartir ideas comunes con los afines o para destruir y erradicar pensamientos opuestos a los suyos. Estos grupos no buscan debatir ni muchos menos encontrar la verdad, pues encuentran inadmisible aceptar opiniones distintas a las suyas.

#### *4.1.2 Fake news o noticias falsas*

Afirmar que las noticias falsas siempre han existido es una premisa generalizada hoy en día. Con todo, también es necesario reconocer que, con la aparición de las nuevas tecnologías de comunicación e información, las fake news se han expandido. Hoy las noticias que se difunden se hacen virales en cuestión de minutos, otorgándole inmediatez a la proliferación de información falsa. Sin embargo, es erróneo argumentar que es un fenómeno producto de las redes sociales, pues las mentiras en el mundo de la información siempre han existido. “Durante muchos siglos, la difusión de noticias falsas, medias verdades o el recurso a la manipulación informativa ha representado un arma de políticos, empresarios y otros actores sociales” (Donofrio, 2019, p. 389). Las redes sociales permiten que los usuarios consuman información, pero también los convierten en productores de contenido; esto, a su vez, ha facilitado la propagación de información engañosa, falsa o fabricada.

Las redes sociales sirven de vehículo y recurso idóneo para difundir noticias falsas y narrativas manipuladas, lo que suscita cada día un gran desafío para todas las personas dedicadas a crear y transmitir información real; incluso, para los Estados democráticos. Lo que sí es un hecho cierto es que las noticias falsas han afectado el normal desarrollo de procesos electorales y han trastocado la reputación de políticos y empresas (Rubio Moraga y Donofrio, 2019). Para ejemplificar lo anterior, se puede señalar la campaña presidencial del entonces candidato Donald Trump en 2016; cuyo éxito, se ha afirmado, fue posible gracias

al tratamiento de manipulación de verdad. Según la web Politifact<sup>58</sup>, alrededor del 70% de las declaraciones electorales de Trump fueron falsas o contenían grandes mentiras. La maquinaria del candidato empleó las redes sociales para destruir la imagen pública de la candidata Hillary Clinton, divulgando información falsa como principal estrategia de campaña (que, aunque desmentida, cumplió el objetivo de afectar fuertemente la imagen y la percepción social que se tenía de ella). En “La microfísica de la posverdad”<sup>59</sup>, Hugo Pardo Kuklinski (2016) afirma que en la comunicación política se sabe desde siempre que la emoción es más poderosa que la racionalidad a la hora de movilizar votantes; por lo que la manipulación, las medias verdades y las mentiras estratégicas son un peldaño común para construir una base electoral o una idea política.

## 4.2 Discursos de odio

Determinar el significado de los discursos de odio plantea una gran dificultad, que se justifica en que, aún no existe un consenso formal respecto a qué deberíamos entender por ellos; además, de que las diversas prohibiciones que existen sobre la materia varían en su alcance entre los distintos Estados (Cajigal Juan Pablo, 2018, p.11).

“La expresión discurso del odio o hate speech es empleada para designar actuaciones antijurídicas, o cuando menos inmorales, de la más diversa naturaleza” (Díaz Soto, 2015, p. 78). Kaufmann explica que dicha expresión data de la traducción del inglés hate speech; que, a su vez, surge de otra expresión: hate crime. Esta última es usada para indicar los crímenes que son motivados por la pertenencia de la víctima a cierto grupo social. Por esto, en Estados Unidos se creó una categoría especial para estudiar y castigar este tipo de delitos. El autor advierte que la traducción de hate speech a los distintos sistemas jurídicos puede resultar bastante problemática; exponiendo que en español es muy difícil explicarle a un sujeto que no tenga conocimientos jurídicos por qué una expresión de odio “debería o podría ser regulada o limitada, dado que la libertad de expresión, tal como es entendida en general por la población, consiste en poder decir lo que se piensa, incluso si resulta negativo y en particular si lo es a tal grado que denota odio hacia una persona, institución, grupo, partido político o gobernante” (Kaufman, 2015, p. 42). Mientras que las expresiones de afecto y amor hacia un político, por ejemplo, no requieren de una garantía para poder ser difundidas, las expresiones desagradables, insultantes y grotescas son las que eventualmente requieren protección. Kaufman arguye que el odio es un sentimiento de naturaleza privada, “protegido por todos los sistemas constitucionales, en tanto no resulte en acciones concretas dañosas para los demás” (Kaufman, 2015, p. 42). El odio es un sentimiento privado protegido constitucionalmente; una expresión de odio, entonces, es una manifestación externa del

---

<sup>58</sup> Politifact es un sitio web de verificación de hechos que califica la exactitud de las afirmaciones de los funcionarios electos y otras personalidades públicas. Se trata de un proyecto operado por el *Tampa Bay Times*, en el que los periodistas y editores del diario, a partir de las declaraciones de los medios de comunicación afiliados, comprueban las declaraciones de miembros del Congreso, la Casa Blanca y otros grupos de interés.

<sup>59</sup> El director de la Real Academia Española definió a la posverdad (término que será incluido en el diccionario) como aquella información o aseveración que apela a las emociones o creencias del público en lugar de a hechos objetivos.

sentimiento privado que está protegido por la libertad de expresión, siempre y cuando no configure una injuria o calumnia. Para este autor, la denominación de ‘discursos de odio’ resulta poco acertada y muy problemática, en la medida en que esta noción indica intuitivamente rechazo, censura y crítica.

#### 4.2.1 ¿Criminalizar los discursos de odio?

Criminalizar los discursos de odio crea el espejismo de una sociedad buena, donde prevalecen el buen trato y las correctas expresiones, por lo que “expresar odio” estaría prohibido. Esa idea de sociedad perfecta e ideal crea complejas relaciones sociales, basadas en hipocresía y carentes de contenido. Lo anterior lleva indudablemente a que los sujetos confundan discursos políticos que son admisibles dentro de una sociedad democrática con mensajes de odio capaces de afectar a los miembros de la sociedad. Para evitar este tipo de inconvenientes, Kaufman propone recurrir al latín como herramienta para corregir los dilemas que trae consigo la frase ‘discursos de odio’. Para esto, hace uso del *odium dictum*, definido como “una opinión dogmática, injustificada y destructiva respecto a ciertas personas históricamente discriminadas o a ciertos individuos en tanto integrantes de dichos grupos, emitida con el propósito de transmitir tal dogma destructivo al interlocutor o lector y de hacerlo partícipe de la tarea de marginalizar o excluir a las personas odiadas” (Kaufman, 2015, p. 139). La anterior definición no se enfoca en las expresiones que son promovidas, sino en la intención de quien las emite, en su vocación de malignidad y en lo premeditadas que son.

Siguiendo con esta línea, el Consejo de Europa ofrece una definición distinta respecto a los discursos de odio:

*Toda forma de expresión que propaga, incita o promueve o justifica el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas sobre la intolerancia, que se expresa bajo la forma de nacionalismo agresivo y del etnocentrismo, de discriminación o de hostilidad hacia las minorías, los inmigrantes o las personas originarias de la inmigración. (Consejo de Europa, 1997)*

La anterior definición se centra en las expresiones que se promueven, pero no en la intención con la que se ejecutan. Además, no es claro en explicar que no se trata de cualquier manifestación intolerante o contraria a cierto grupo: debe estar dirigida a menoscabar y destruir la dignidad del grupo social atacado. Por ende, no cualquier expresión, por más fea e insultante que parezca, cumple con los requisitos de ser una expresión de odio. En este sentido, resulta importante distinguir entre los tipos de expresiones que se pueden dar en estos casos. Las primeras son las expresiones que constituyen una ofensa bajo el derecho internacional y que pueden ser criminalmente perseguidas; las segundas son las expresiones que no son criminalmente punibles, pero que si pueden justificar restricciones y procedimientos civiles; y las terceras son las expresiones que no justifican sanciones penales o civiles, pero que resultan inquietantes en términos de tolerancia, civilidad y respeto por el otro (AGNU, 2011). De acuerdo con el Consejo de Europa, las sanciones penales deberían ser consideradas solo en los casos más serios de incitación y emplearse como “un último recurso a ser utilizado en situaciones estrictamente justificadas, cuando otros métodos no

sean adecuados para lograr la protección de los derechos individuales, en el interés público” (Comisión de Venecia, 2010).

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial CERD, sostuvo que:

*La criminalización de las formas de expresión racista debe ser reservada para los casos serios, probados más allá de toda duda razonable, mientras los casos menos serios deben ser tratados por medios diferentes a la ley criminal, teniendo en consideración, inter alia, la naturaleza y extensión del impacto en las personas o grupos objeto de la expresión. La aplicación de sanciones penales debe ser gobernada por los principios de legalidad, proporcionalidad y necesidad.*

Para la Corte Interamericana, “estrictamente proporcional” significa que “debe ajustarse estrechamente al logro del objetivo que se pretende alcanzar, interfiriendo en la menor medida posible con el ejercicio legítimo de tal libertad” (Castilla Juárez, 2011, p. 41). Discernir cuándo una expresión tiene una clara intencionalidad de promover el odio (y que, por ende, se generen consecuencias de tipo penal) es una tarea, a nuestro juicio, bastante compleja; pues, como se ha afirmado en varias oportunidades a lo largo del texto, hay que basarse meramente en criterios subjetivos. Determinar si una expresión es ofensiva o no va a depender del contexto en el que se emite y de la intención del sujeto. La Corte Suprema de Canadá (1990) da una luz con respecto a esta gran encrucijada, sugiriendo las siguientes pautas: el emisor debe intentar tal promoción (del odio); el emisor debe ser consciente de su expresión; se debe asegurar que el emisor en realidad desea tal promoción del odio o la prevé como una consecuencia que se deriva de su comunicación; y debe ser suficiente que el emisor tenga conciencia sobre la expresión que manifiesta y las consecuencias que se derivan de aquel actuar<sup>60</sup>.

#### 4.2.2 ¿Regular los discursos de odio (odium dicta)?

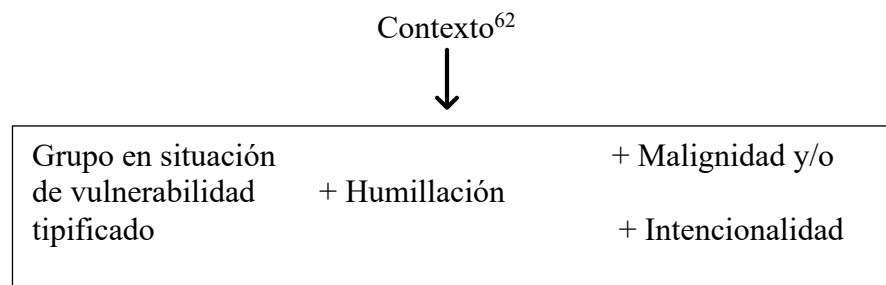
Kaufman afirma que, para construir una teoría que permita regular los discursos de odio sin afectar el derecho a la libertad de expresión, resulta imprescindible hacer uso de criterios homogéneos y uniformes respecto a las manifestaciones de discursos de odio u odium dicta. Para llevarlo a cabo, propone una fórmula donde se debe contar con los criterios A+B+C o A+B+D, siempre en un contexto determinado. Advierte, además, que si se da un caso donde se reúnen los criterios A+B+C+D, se estaría en presencia de un odium dicta de varias categorías. A continuación, se describirán brevemente los criterios propuestos por Kaufman (2015, pp. 151-153):

---

<sup>60</sup> “En 1732, alguien llamado Osborne publicó y distribuyó un panfleto en Londres, en el que acusaba a los judíos llegados de Portugal de haber asesinado a una mujer y a un recién nacido. El efecto del panfleto fue inflamar sentimientos antisemitas y que los judíos fueran atacados en múltiples sectores de la ciudad. Una de las víctimas inició una acción por difamación. Los jueces condenaron a Osborne por destrucción de la paz pública, al incitar con tal acusación a la destrucción de todo un grupo de personas que, si bien era demasiado genérica como para ser considerada como una difamación, sería pernicioso permitir que semejantes reflexiones quedaran impunes” (Kaufman, 2015, p. 149).

- A) *Criterio de grupo en situación de vulnerabilidad tipificado: Existe una referencia implícita, o explícita, pero indubitable, a un grupo que históricamente ha sido discriminado, en un tiempo y lugar determinado.*
- B) *Criterio de humillación: Existe a) una opinión degradante o humillante respecto a ese grupo en situación de vulnerabilidad, o b) una referencia simbólica o histórica precisa que explícita o implica indubitablemente apoyo a eventos de humillación o degradación de grupos en situación de vulnerabilidad, o c) un listado de personas (o el señalamiento de una persona) al que se le atribuyen cualidades negativas humillantes asociadas con prejuicios característicos de discriminación contra el grupo en situación de vulnerabilidad.*
- C) *Criterio de malignidad: Existe una invitación explícita o implícita a terceros para humillar o excluir a grupos en situación de vulnerabilidad o a personas identificadas como integrantes de tales grupos<sup>61</sup>. Los destinatarios principales de estas opiniones son terceros.*
- D) *Criterio de intencionalidad: Existe una intención deliberada de humillar o excluir a personas discriminadas o identificadas como integrantes de grupos discriminados. Los destinatarios principales de estas opiniones son integrantes de grupos discriminados.*

La fórmula de un odium dictum se configura como se muestra en la figura.



Fuente: elaboración propia.

Por ejemplo, en el caso *Zana vs Turquía*, la Corte Europea de Derechos Humanos dispuso que en ese supuesto no hubo una vulneración al derecho a la libertad de expresión. En este caso, un político kurdo fue condenado por haber publicado en un periódico la siguiente declaración: “Yo apoyo el movimiento de liberación nacional PKK; por otra parte, no estoy de acuerdo con las masacres. Cualquiera puede cometer errores, y el PKK mata a mujeres y niños por error” (TEDH, 1997).

En América Latina, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México estableció que:

Las expresiones homófobas son una categoría de lenguaje discriminatorio y, en ocasiones pueden actualizar discursos de odio, lo cierto es que resulta posible que se presenten escenarios en los cuales determinadas expresiones que en otro contexto podrían conformar

<sup>61</sup> En sentido similar a lo que la CIDH y la doctrina denominan ‘real malicia’; es decir, “con plena intención de causar un daño y conocimiento de que se estaban difundiendo informaciones falsas o con un evidente desprecio por la verdad de los hechos” (RELE de la CIDH, 2009, p. 38).

<sup>62</sup> Hace referencia a una situación sociológica en un lugar, momento y circunstancias determinadas (Kaufman, 2015, pp. 151-153).

un discurso homóforo, válidamente pueden ser empleadas, atendiendo a situaciones como estudios y análisis científicos, u obras literarias o de naturaleza artística, sin que por tal motivo impliquen la actualización de manifestaciones discriminatorias o de discursos de odio, gozando, por tanto, de protección constitucional. (SCJN, 2013)

Lo anterior deja en evidencia lo amplias que pueden llegar a ser las categorías que protegen las leyes antidiscriminatorias. De esto surge la necesidad de contar con criterios unificadores que permitan determinar en qué casos legítimamente se puede considerar que se está en presencia de un discurso de odio. “El odium que amerita una limitación de la libertad de expresión no es cualquier sentimiento de desprecio hacia alguien o hacia un grupo: es un sentimiento que, cuando se expresa públicamente, es susceptible de humillar, herir y excluir a ciertos grupos que están en situación de vulnerabilidad a tales agresiones porque ya han sido lastimados, ellos y sus antecesores” (Kaufman, 2015, p. 159).

El primer criterio, de grupo tipificado, busca identificar y establecer una regulación clara y exacta sobre el tipo de expresiones que deben considerarse como violatorias de la dignidad humana, que en realidad transgredan la identidad de un grupo social históricamente golpeado por la discriminación y rechazo. Cualquier crítica o comentario no puede ser tachado de odium dicta; pues, de ser así, se estaría transgrediendo y vulnerando el derecho a la libertad de expresión. Las leyes antidiscriminatorias que se promulgan en los países son amplias y llenas de vacíos; lo que suscita, en muchos casos, que cualquier expresión u opinión sea considerada como despreciativa y, por ende, deba ser objeto de una tutela penal. Evitar la pérdida de libertades individuales es el propósito de la regulación de los discursos de odio, sin desproteger los derechos de los grupos sociales que son objeto de discriminación.

El criterio de humillación pretende exponer que no toda referencia a un grupo históricamente discriminado resulta lesiva de su dignidad. Una opinión puramente crítica no es suficiente para afectar a los integrantes del grupo social. Se debe considerar que una expresión tiene la vocación de ser humillante cuando es susceptible de lesionar el honor de una persona por el único hecho de ser parte de un grupo discriminado y volverla objeto de burlas por parte del resto de la sociedad. El honor, como se dijo antes, puede verse menoscabado a nivel simbólico (quemar una Biblia, negar el Holocausto) o por la connotación injuriosa e insultante de una expresión que desprecia en lo más profundo la dignidad<sup>63</sup> de los individuos. “Los discursos de odio también violan la dignidad de los miembros [...] al estigmatizarlos, negarles la posibilidad de vivir como miembros responsables de la sociedad, ignorando su individualidad y diferencias y reduciéndolos a especímenes uniformes del grupo racial, étnico o religioso” (Parekh. 2012).

Finalmente, el criterio de intencionalidad o malignidad, además de enfocarse en los grupos históricamente discriminados, hace especial énfasis en resaltar la intención que tiene el sujeto al momento de manifestar o emitir una expresión tendiente a degradar, maltratar, excluir y arruinar la dignidad de ese grupo social. La intencionalidad es definida “como una intención deliberada de humillar o excluir a integrantes o a personas identificadas como integrantes de tales grupos”, mientras que la malignidad se refiere a “una invitación explícita o implícita a

---

<sup>63</sup> La mayoría de tratados y convenios internacionales, así como las constituciones modernas de la mayoría de países, contienen disposiciones que tienen que ver con el derecho humano a la dignidad. En el caso de España, se encuentra regulado en el art. 10 de la Constitución Española de 1978; en el caso de Colombia, en el art. 1 de la Constitución de 1991.

terceros para humillar o excluir a grupos discriminados o a personas identificadas como integrantes de tales grupos” (Kaufman, 2015, p. 174). La ausencia de intencionalidad o malignidad excluye las expresiones de ser consideradas discursos de odio. Siempre es importante tener en cuenta el contexto de lo que se dice, el tiempo, el modo, el lugar; estas son herramientas útiles y necesarias para determinar si se está frente a este tipo de expresiones. “Es solo a través de un examen cuidadoso del contexto en el cual las palabras ofensivas tuvieron lugar que es posible realizar una distinción significativa entre un lenguaje duro y ofensivo que es protegido por (la garantía de la libertad de expresión) y otros que no cuentan con el derecho a la tolerancia en una sociedad democrática” (TEDH, 1999).

#### 4.2.3 Límites al discurso de odio

Los límites al discurso de odio en la cultura europea han sido mucho más desarrollados tras la experiencia del nazismo. Luego de esta, se consideró necesario establecer una regulación sobre ese tipo de manifestaciones como expresión de un modelo de democracia más «militante» (Revenga Sánchez, 2015; Carrillo Donaire, 2016). En Alemania, este tipo de restricciones son más abiertas, sancionando la apología o prohibiendo expresiones que tendieran de manera directa a la comisión de actos violentos contra ciertas personas o grupos; hoy, la propensión es a más represión. “Así, cada vez más, se logra por medio de diversos procedimientos que se castigue también la emisión de expresiones que se considera que objetivamente puedan ser aptas para lograr este efecto de «movilización» aunque no sean estrictamente supuestos de apología” (Boix Palop, 2016, p. 68). Las críticas a los dogmas religiosos, siempre que no inciten al odio, son amparadas por los ordenamientos jurídicos occidentales<sup>64</sup>; aunque España sigue conservando en su legislación delitos como mofa o escarnio (CPE, art. 525). Esto, para autores como Vázquez Alonso (2016), va en contravía de las sociedades liberales abiertas, pero sigue vigente por la ausencia de voluntad de derogación del legislador español.

Lo anterior no denota una reacción diferenciada contra la expresión de opiniones y de ideas en las redes sociales. Simplemente, se busca tener un tratamiento igualitario frente a la expresión de opiniones que se da en escenarios distintos a las redes sociales. En todo caso, no se puede negar que esa idea de represión sí es más evidente sobre las expresiones que se realizan en las redes digitales. Este fenómeno puede ser explicado por la sensibilidad punitiva a la que nos llevan las redes sociales, en el sentido de que permiten la «propagación» de discursos de odio violentos y fuera de tono (lo que los hace más peligrosos) (Rodríguez-Izquierdo Serrano, 2015).

### 4.3 ¿Qué hacer con el argumento a la libertad de expresión?

#### 4.3.1 ¿intervención estatal?

---

<sup>64</sup> “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos también avala numerosas manifestaciones expresivas críticas con dogmas religiosos que se entienden que son legítimas expresiones de la libertad de expresión, por virulentas que puedan ser, como puede comprobarse en las sentencias de asuntos como *Mülim Gündüz contra Turquía* (2003), *Paturel contra Francia* (2005), *Giniewski contra Francia* (2006) o *Aydin Tatlav contra Turquía* (2006)” (Boix Palop, 2016, p. 70).

Históricamente, ha existido la expresión de este tipo de ideas y argumentos; lo que pasa es que no teníamos acceso a todos estos datos debido a los límites para la difusión masiva de información. Ahora bien, ¿es tan grave que ahora la mayoría de las personas tenga acceso a este tipo de información? No es problemático en la medida en que ahora muchos más individuos pueden conocer la opinión de las otras personas; y, así como la conocen, la pueden debatir, contradecir y replicar, fortaleciendo el debate público. La anteriormente descrita postura liberal, no obstante, no es la que domina nuestra contemporaneidad. Hoy el debate que se da en las redes sociales sobre temas tabú dificulta una adecuada práctica de la opinión pública, debido a que ciertos contenidos no deberían circular en la web. Para algunos, es factible pensar que la persona que solo accede a la información por este medio crea una idea sesgada de lo que en realidad está sucediendo; lo que en principio le impediría contrastar la información y generaría el riesgo social de una “fanatización” del discurso. No obstante, este argumento es discutible; porque los sesgos y la adhesión emocional a ciertas ideas o creencias no dependen necesariamente de las redes sociales y pueden surgir de otras fuentes.

La fanatización del discurso, los atentados terroristas y la discriminación son eventos que han favorecido la consolidación de la percepción social de los miembros de una comunidad determinada. Todas estas conforman una fachada perfecta para que los Estados, por medio de decisiones de índole político y aprovechándose del terror de sus ciudadanos, recurren a estrictas restricciones y grandes controles de expresión en aras de ‘proteger’ al pueblo. Es el caso, por ejemplo, de Estados Unidos, que luego de los atentados del 11 de septiembre de 2001 ha usado el temor para restringir el acceso a diversos contenidos. A su vez, han sido apoyados por las propias redes sociales y por empresas del sector privado, pues precisamente lo que se busca es proteger a los usuarios de contenido contaminado y sensible. Europa, que también ha sido víctima de atentados terroristas<sup>65</sup>, no tuvo en principio una reacción tan restrictiva; pero con la presión de ciertos sectores va tendiendo a un ánimo cada vez más represivo. Ello, sobre todo, dadas las presiones políticas ante el atentado a Charlie Hebdo en 2015 en París, realizado por el Estado Islámico de Siria y Levante (ISIS), que dejó como saldo varios muertos y una serie de sucesos en cadena en ese año. El atentado a la revista Charlie Hebdo muestra cómo los medios de comunicación y las redes sociales, en muchas oportunidades, sirven de instrumento para difundir contenidos que afectan a ciertos sectores y que pueden incrementar el fanatismo, el odio e incluso el reclutamiento de personas. El grado de fanatismo de los perpetradores quedó evidenciado con tal atentado terrorista; lo que demostró una vez más que lo único que generan los discursos cargados de radicalismo y fanatismo es destrucción, muerte y caos.

El endurecimiento de la reacción estatal con el control de contenidos y de expresiones en la web contra los discursos de odio se debe a que, justamente, es en las redes sociales donde más se pueden encontrar tales expresiones. Este tipo de comportamientos conducen a la intervención estatal y a la imposición de restricciones en las redes. No obstante, la trascendencia social varía: no es igual expresar una idea intolerante a la familia en una cena que difundirla en X, pues el impacto no es el mismo. Muchos consideran que el derecho penal no es el mecanismo idóneo para reprimir el derecho a la libertad de expresión (Vives Antón, 2001); pues, por duro que parezca, muchas de estas expresiones, aunque sean crueles, son inocuas y cada vez más comunes. Disponer del sistema judicial para perseguir y castigar a

---

<sup>65</sup> Por ejemplo, con el atentado del 11-M de 2004 en Madrid o del 7-J de 2005 en Londres.

todas las personas que usan las redes sociales para dañar al prójimo resultaría muy costoso y acarrearía grandes efectos sociales. No debe olvidarse, como se dijo en el capítulo anterior, que el derecho penal ha de ser la *ultima ratio*: no debe configurarse como el principal instrumento para reprender y castigar los excesos en el uso de la libertad de expresión.

Además, nadie puede garantizar que esa “persecución” se dé en igualdad de condiciones; pues, como se ha visto en contextos como el español, la Policía y Fiscalía se han ensañado en perseguir comportamientos expresivos de ciertos grupos sociales. Es el caso, por ejemplo, de un usuario de X que fue detenido por emitir un mensaje contra una líder política, por el cual se pedía una condena de 7 a 10 años de cárcel. La detención y posterior procesamiento de este joven se produce en un determinado contexto, luego del asesinato de la presidenta de la Diputación de León en mayo de 2014. Este provocó muchas detenciones de jóvenes desvinculados del crimen, pero que emitieron mensajes alrededor de esa muerte, pues se entendió que en ese caso se configuraba el delito de apología al terrorismo. Los procesados eran adolescentes que no tenían muchos seguidores en la red social, por lo que vale la pena preguntarse si sus mensajes iban a tener un gran poder de difusión. En estos casos, la respuesta del derecho penal es inadecuada, dado que el hecho de difundir afirmaciones de este tipo no puede llevar a una paradigmática respuesta del derecho penal. En tal caso, se estaría persiguiendo solo a ciertos grupos sociales, especialmente a los que ‘atacan’ o están en contra de políticos y de sus partidos. Es incoherente, desde todo punto de vista, que se pida hasta 10 años de cárcel por apología al terrorismo para jóvenes que expresan un deseo genérico en las redes sociales, que además cuentan con pocos seguidores en la red social y que fueron perseguidos no por lo que expresaron en sí, sino por la persona a la que iba referido el mensaje.

El uso de la sanción penal como mecanismo para frenar, atacar y atajar las expresiones intolerantes nos sitúa ante un derecho penal del enemigo, ya que existe arbitrariedad a la hora de perseguir a los emisores, se violan garantías, hay excesos en las condenas y represión innecesaria. Lo anterior obliga a reflexionar sobre la inconveniencia de una respuesta de carácter punitivo, donde no se investiga el origen de los mensajes, su capacidad de difusión o el entorno en el que se emiten; sino que todos los mensajes son simplemente considerados como apología y enaltecimiento al terrorismo y las personas son sistemáticamente judicializadas por esto. Ello no tiene presente que muchas expresiones en redes sociales van dirigidas a grupos en concreto, con el ánimo de expresar ideas y punto de vista entre ellos y sin finalidad ‘terrorista’. Como se dijo antes, esto pone de manifiesto que lo que se busca es perseguir a minorías que expresan su desacuerdo con políticas o, en general, con los gobiernos de turno. Sin considerar los matices ni el entorno en el que se dan estos mensajes, son juzgados a priori por el hecho de que no son mayoría; evidenciando un sectarismo muy marcado y cada vez más creciente.

Lo anterior, no significa que no deba haber reproche penal en todos los supuestos, debido a que una cosa son los simples comentarios y opiniones sobre un tema determinado y otra es, cuando se usan las redes sociales para amenazar a una persona, o para intentar contra sus derechos. Es claro que las redes sociales suponen una nueva forma, un nuevo canal para cometer delitos y transgredir derechos (Suárez-Mira Rodríguez, 2010). Las redes sociales son un recurso que ayuda a visibilizar un problema que siempre ha existido, discursos chocantes, nocivos, salidos de tono, que siempre han sido usados, pero evidentemente el poder de estos se ve intensificado con las redes sociales, que ayudan a su vez a ver con mayor

claridad el gran problema que nos aqueja dada la enorme publicidad que suscita el uso de estos medios para expresar opiniones.

#### 4.3.2 *¿Intervención penal?*

“En materia penal, y por el momento, resulta llamativo constatar cómo las redes sociales están llevando a nuestro derecho a una rebaja de los umbrales de admisibilidad en la expresión, en ocasiones derivada de reformas legislativas que se producen tras la constatación de que estos nuevos medios de expresión parecen estar generando nuevos riesgos sociales frente a los que urgiría una respuesta más severa” (Boix Palop, 2016, p. 66). En materia civil, la constante presencia en las redes sociales de intermediarios (los que proveen la difusión de los contenidos) obliga a (re)definir reglas sobre los sujetos que se encuentran en esa situación; ya que esa posición no solo la ostentan los medios de comunicación tradicionales, sino también los nuevos intermediarios de las redes sociales. El rol de las administraciones públicas también está cambiando, orientándose a la búsqueda de una delimitación efectiva de las expresiones de los ciudadanos. La protección de datos ya es un hecho en casi todas las sociedades liberales. Falta establecer mecanismos para que sea efectiva la protección de la intimidad, honra y buen nombre en el marco de las redes sociales y de la era de la libertad de expresión.

Los límites penales del uso de la libertad de expresión en un marco constitucional se dividen entre los que protegen derechos propios de la personalidad de los ciudadanos —en Colombia, buen nombre, intimidad, honra; y, en España, propia imagen, intimidad y honor (CE, art. 18)—; y los que prohíben en abstracto la expresión de ideas consideradas socialmente como peligrosas, tales como la incitación al odio religioso o racial y la apología/enaltecimiento del terrorismo, principalmente<sup>66</sup>. Los delitos de injuria y calumnia se encuentran consagrados en los Códigos Penales de España y Colombia, en aras de proteger derechos fundamentales como el honor (honra en Colombia), la propia imagen (buen nombre en Colombia) y la intimidad. Resulta importante hacer un bosquejo genérico para indicar, a grandes rasgos, que ambos delitos en los dos ordenamientos jurídicos son concebidos de manera muy similar. Aunque expresamente no se mencionan las redes sociales, se puede asumir que también se protegen estos derechos y se castigan estos delitos en dicha esfera.

#### 4.3.3 *¿Control administrativo de las expresiones?*

El control administrativo puede jugar un papel preponderante en la delimitación o definición de los derechos que se ponen en conflicto por el uso de las redes sociales, con lo

---

<sup>66</sup> No puede pasar de largo la idea que exponen Cuerda Arnau (2007) y Vives Antón (2001) sobre la introducción de estos ilícitos penales, que genera bastantes críticas, pues se está dando una interpretación bastante expansiva de la doctrina penal, condenando los comportamientos de quienes consideran como el ‘enemigo’ o que expresan ideas que son tenidas por ‘enemigas’. Sanchez-Ostiz Gutiérrez (2006) desarrolla críticas en el sentido de que las opiniones en redes sociales no tienen el mismo peso: están en una posición de desequilibrio ante la respuesta casi siempre punitiva de los Estados frente a comportamientos equivalentes que se desarrollan en otros espacios (las medidas de criminalización son muy distintas, aunque se estén castigando los mismos hechos).

que tiene que ver con protección a la intimidad frente a terceros e, incluso, frente a uno mismo (sobre todo en menores de edad, que en muchos casos hacen un uso inadecuado de las redes sociales). Sin embargo, la intervención administrativa podría ser vista como “una nueva forma de paternalismo jurídico que lleva al Estado (de nuevo, por cierto, vía Administración Pública ante que vía legislador) a establecer controles e incluso sanciones a partir de reglamentos y códigos de conducta” (Boix Palop, 2016, p. 98); lo que, en otros términos, se traduce en una “autorregulación regulada” (Darnaculleta Gardella, 2005), una imposición por parte de la administración de cómo debemos comportarnos cuando hacemos uso de las redes sociales. Ello representaría un control de contenidos, que aparenta ser discreto y poco excesivo; pero que se ve como una inusitada actuación por parte de la administración en labores de policía expresiva. Lo cierto es que cada vez es más común encontrar, por diversos motivos, controles de ciertos contenidos por las autoridades que administran las redes sociales.

La Agencia Española de Protección de Datos tiene esa capacidad: puede ordenarles a los entes encargados de la administración de las redes sociales que eliminen ciertos contenidos bajo amenaza de graves sanciones y amonestaciones. Esto denota que esa agencia cada vez tiene más capacidad de ejercer control de contenidos, limitando la libertad de expresión de los usuarios. La Agencia tiene gran interés por los contenidos que hacen uso de vídeos e imágenes considerados parte de la esfera personal; por esta razón, es viable que la administración tenga el poder de exigir que retiren el contenido haciendo uso del derecho de oposición (Marzal Raga, 2014) (potestades que resultan bastante reprochables desde el punto de vista del derecho a la libertad de expresión).

Más allá de los reproches que surjan de la “administrativización” de la regulación de contenidos en las redes sociales, no puede negarse que, frente a una tutela civil, es mucho más eficiente y económica. Asimismo, es una alternativa para las personas que no consideren necesario usar el derecho penal como medio para proteger derechos vulnerados; pues, en muchos casos, el resultado es la absolución, lo que implica una pérdida de tiempo y esfuerzo. Parece evidente que estamos hablando de un control vertical, que se realiza desde arriba y que le niega la posibilidad a la sociedad de usar mecanismos que permitan elegir, recordar o darle mayor o menor relevancia a un asunto determinado. Se le está, entonces, negando el derecho al olvido, que siempre ha estado en manos de los ciudadanos, que de manera libre e independiente deciden con qué contenidos quedarse y cuáles pueden ser desechados (Boix Palop, 2016, pp. 98-99).

Cada vez es más común que la autoridad administrativa acuda a discursos que legitiman su intervención en lo que tiene que ver con las expresiones de los ciudadanos en las redes sociales. Es el caso, por ejemplo, de España; que, con la LO 4/2015 del 30 de marzo, más conocida como la «ley mordaza», tiene previstas prohibiciones como la de no publicar y compartir imágenes que puedan comprometer la seguridad de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado (art. 36.23); o considera como infracción leve las faltas de respeto a sus miembros que no constituyan infracción penal (art. 37.4). Aparentemente, se trata de supuestos excepcionales donde es permitido reprimir ciertas conductas; en este caso, en aras de proteger la seguridad y el orden público.

Es evidente que estas medidas administrativas suponen un latente riesgo para la libertad de expresión, pues nadie puede garantizar que estas medidas de “protección” no sean cada vez más amplias y limitativas, apelando a discursos que justifican la intervención. Además,

estos argumentos (seguridad y orden público) no son una razón suficiente para “quebrar el tradicional reparto sobre los contenidos expresivos, que reprimía estas conductas por medio de la actuación de los jueces y tribunales. Los riesgos para la libertad de expresión y el pluralismo, al operar de este modo, son evidentes y permiten intuir una paulatina extensión futura de estas posibilidades de intervención administrativa sobre los contenidos en las redes sociales apelando a diversos títulos jurídicos que justificarían estas intromisiones” (Boix Palop, 2016, p. 103).

La libertad de la palabra siempre ha sido respetada en España; para comprobarlo, basta simplemente con echar un vistazo en X. Pero la buena salud de la que goza la libertad de expresión en ese país podría verse afectada gravemente por el nuevo Comité contra la Desinformación, creado como parte de un esfuerzo del gobierno para combatir la desinformación y promover la transparencia y veracidad de la información. Su aparición ha desatado una tormenta política; pues la oposición, los medios de comunicación y las asociaciones de periodistas han argumentado que es un intento de censurar y controlar los medios de comunicación. El Ministerio de Presidencia dice estar amparado en la Constitución y en el Marco Europeo. Sin embargo, lo cierto es que muchos lo ven como un ataque directo a la libertad de prensa, donde el gobierno busca mantener controlados a los medios para que estos informen y comuniquen solo lo que el Comité apruebe. El entonces líder del PP, Pablo Casado Blanco, acudió a su perfil de X para manifestar su rechazo y acusar al presidente: “Sánchez saca una orden para vigilar medios y perseguir lo que su gabinete considere desinformación. Atacaban a la prensa crítica, señalaban periodistas y ahora crean un orwelliano Ministerio de la Verdad. Pedimos explicaciones en las Cortes y si no rectifican recurriremos a Europa”. Casado Blanco, así, encendió las alarmas sobre lo que podría ser una de las peores catástrofes para la libertad de prensa.

Es un hecho que las redes sociales se han consolidado como la forma de comunicación más usada en el último tiempo, lo que ha dado origen a nuevos mecanismos e instancias de controles que antes no existían con respecto a los contenidos e informaciones que se publican. El control y “castigo” de las expresiones intolerantes que daban lugar a la configuración de los delitos de injuria y calumnia estaban a cargo de la autoridad judicial; pero hoy, con una tendencia cada vez mayor, el ejecutivo detenta más poder en este asunto. La expresión de ideas y opiniones, así como la difusión de material audiovisual, es cada vez mayor en las redes sociales, haciendo más difuso el límite entre lo personal y lo público. Lo anterior ha llevado a argumentar y a evidenciar una ‘necesidad’ de mayor vigilancia y control sobre lo que ocurre en las redes sociales por parte de las autoridades. Aquí, se tiende a ver al derecho penal como una fuente de seguridad jurídica que puede solucionar la problemática; obviando que no se encuentra preparado para asumir este rol y, sobre todo, que no es el medio adecuado para resolver los problemas que suscitan del uso de las redes sociales.

Lo anterior no quiere decir que el control administrativo sea la vía correcta, pero no se puede desconocer que sí es efectiva. Sin embargo, el conflicto que generan las redes sociales no puede ser visto en estos términos; pues, desde una perspectiva liberal, la intervención por vía de la administración pública implica un alto grado de censura. Un fuerte control de la información generaría también grandes riesgos para la democracia participativa, que debe procurar el pluralismo y que la oposición tenga garantías para criticar y oponerse a las medidas impuestas por el gobierno. Esto no se daría si es el Estado el que controla la

información y decide qué está bien y qué no en virtud de lo que le es más conveniente, dejando de lado las necesidades de su entorno.

Aún no hay una guía o unas pautas establecidas que ayuden a definir cómo puede limitarse el derecho a la libertad de expresión en las redes sociales. Sin embargo, ya existen ciertas tendencias, como las restricciones que los mismos administradores de las redes sociales imponen; el uso del derecho penal como mecanismo para sancionar a las personas que cometen delitos de injuria y calumnia; y la cada vez más creciente intervención de la administración pública. Es evidente que, en la mayoría de los casos, existe una elevada percepción de riesgo cuando se publican ciertos contenidos. Esto ha conducido a que se propongan mecanismos para reprimir pensamientos que van en contra de lo común o que ponen en jaque a gobiernos inoperantes y corruptos. Los controles van dirigidos a individuos y a grupos sociales específicos y es escaso o nulo ver propuestas para restringir lo que muestran y dicen los medios de comunicación masivos tradicionales. Por ello, es claro que la preocupación no es la vulneración de derechos; sino el control de los individuos que, por su reconocimiento o gran capacidad de difusión, pueden hacer llegar información verídica y no camuflada a la mayor cantidad de gente posible.

Las redes sociales son un medio idóneo para intercambiar opiniones e información, pues fortalecen el debate público y enriquecen la democracia; pero también es claro que vulneran derechos como el honor (honra), la intimidad y el buen nombre. Por esto, es necesario perfilar límites a la libertad de expresión adaptados al entorno social que generan las redes y basados en principios constitucionales que garanticen la protección de todos los derechos. En este sentido, el derecho penal solo debería ser empleado para manifestaciones realmente graves o que supongan un riesgo social cierto, en aras de dar cumplimiento al principio de mínima intervención; también, porque no es el mecanismo ideal para darle orden a “la expresión en redes sociales y «civilizarla» a golpes de sentencia penal” (Boix Palop, 2016, p. 106).

Un modelo efectivo no tendría por qué abusar del recurso penal y administrativo y permitiría que, en primer lugar, fueran los ciudadanos los que resolvieran los conflictos que se dieran (por ejemplo, a través del derecho privado). “Y, sobre todo, se replantearía la interposición de instancias administrativas para posibilitar la eliminación o «invisibilización» de contenidos a partir de decisiones adoptadas por autoridades de protección de datos e, incluso, potencialmente, de autoridades de control del audiovisual, dado que el esquema constitucional, en principio, determina que corresponde a los jueces precisar el alcance preciso de las garantías y libertades expresivas y, en su caso, reprimir posibles excesos” (Boix Palop, 2016, p. 107).

#### 4.3.4 ¿Regular el contenido en las redes sociales?

*“La libertad de prensa es un derecho que encuentra sus límites cuando está en riesgo la seguridad de los pueblos.”*  
Rodolfo Mattarollo<sup>67</sup>

---

<sup>67</sup> Abogado y periodista argentino exiliado durante la dictadura.

La idea de que exista una regulación de la difusión de mensajes a través de las plataformas digitales con contenido discriminatorio producidos por los usuarios, en aras de propiciar el respeto por la dignidad y la privacidad de las personas, suele ser vista como un intento de censura y un ataque directo a la libertad de expresión. La pregunta que se debería hacer es cuáles son las herramientas técnicas que se pueden implementar para llevar a cabo tal regulación. En América Latina, estas son inexistentes; pero, en Estados Unidos y la Unión Europea, plataformas como Total Information Awareness y Red Echelon<sup>68</sup> son sistemas de control y monitoreo de las comunicaciones usadas para interceptar y espiar las comunicaciones y “prevenir ataques terroristas”. No obstante, son duramente criticadas por la invasión a gran escala de la privacidad de las personas alrededor del mundo.

En Argentina, se intentó regular el contenido de las plataformas digitales; pero el proyecto tuvo inmensas críticas de la oposición, de los medios de comunicación y del Centro de Estudios Legales. Esto se debió a que “la iniciativa presentada por legisladores oficialistas constituía una intromisión en los contenidos y criterios editoriales, que propiciaba que los medios se convirtieran en jueces con el poder de censurar a los usuarios en Internet” (SIP, 2014). El Proyecto de Ley de Prevención y sanción de Actos Discriminatorios, presentado en el año 2015, atendiendo a críticas pasadas, insistió en enfatizar de manera más contundente los contenidos considerados discriminatorios o estigmatizantes<sup>69</sup>; además, la iniciativa fue apoyada por distintos colectivos (la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans, la Mesa Nacional por la Igualdad, el Frente de Personas Liberadas y Privadas de la Libertad, entre otras). El proyecto buscaba responsabilizar a los sitios de Internet de establecer los términos y las consideraciones respecto al carácter discriminatorio de un contenido y hacérselas saber a los internautas; además de establecer una vía de comunicación donde los usuarios pudieran denunciar y solicitar la extracción de ese tipo de contenidos. Pese a lo anterior, las empresas de medios de comunicación simplificaron el proyecto al “avance de la censura en la web”.

Los medios, al ser gestores de opinión que lideran la aceptación o el desacuerdo cultural, político y social, deben procurar fortalecer la tolerancia y buen trato en la esfera pública ciudadana. La normativa internacional que rige para los medios de comunicación también debe incluir a las plataformas digitales que, por su capacidad de difusión global y por el nivel de interacción de los usuarios, habilitan a más personas para que ejerzan el derecho a la libertad de expresión y, con esto, aumentan las tasas de violencia y discriminación. Ningún derecho es absoluto: es importante reflexionar sobre cuál es el umbral de legitimidad de una libertad de expresión que vulnera derechos de colectivos sociales y de individuos.

En este sentido, “en 1842, para una serie de publicaciones que verían la luz en La Gaceta Renana, Carlos Marx (1842) reflexionaba: «No se trata de saber si la libertad de prensa debe existir, ya que siempre existe. Se trata de averiguar si la libertad de prensa es un privilegio

---

<sup>68</sup> Gómez María Rosa, 2015, pp.6.

<sup>69</sup> “Conductas que menoscaben o insulten a las personas o grupo de personas o asociaciones, motivadas en la falsa noción de raza, así como en las nociones de etnia, nacionalidad, lengua, idioma o variedad lingüística, religión o creencia, ideología, opinión política o gremial, sexo, orientación sexual, género, identidad de género y/su expresión, edad, color de piel, estado civil, situación familiar, filiación, embarazo, discapacidad, responsabilidad familiar, antecedentes penales, trabajo u ocupación, lugar de residencia, caracteres físicos, características genéticas, capacidad psicofísica y condiciones de salud, posición económica o condición social, hábitos personales o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o preferencia” (HCD, 2015).

de algunos individuos o del espíritu humano»” (Rosa Gómez, 2015, p. 15). “En todo caso, el papel muy relevante de las plataformas que son las redes sociales, a la hora de disciplinar la difusión de ciertos contenidos, se pone de manifiesto sobre todo en la responsabilidad en que incurren por su labor de intermediación” (Boix Palop, 2016, p. 90). Y es que su responsabilidad va más allá de la que las redes sociales asumen libremente; en este sentido, incluye comprometerse a determinadas políticas de privacidad y a retirar ciertos contenidos para proteger a los usuarios y a terceros de ciertos excesos en las expresiones de algunos. Esto podría generar responsabilidad en los gestores de esas plataformas en caso de no hacerlo, tanto a nivel penal como civil.

#### 4.3.4.1 Conclusión

- ¿Es la libertad de expresión un derecho al alcance de todos? Muchas veces, lo que incomoda no es estrictamente lo que se dice. Lo que en realidad interesa es quién lo dice, si el sujeto tiene poder sobre las masas y el alcance de lo que puede llegar a significar lo que expresó. También interesa a quién va dirigido el mensaje o expresión: no es lo mismo hablar mal de un desconocido que emitir comentarios fuertes y críticos sobre algún líder político, religioso o incluso deportivo. Si lo que nos incomoda son los mensajes irritantes, chocantes y cargados de ofensas, debería ser inocuo quién las expresa; pues lo importante en todo caso es proteger a la persona que está siendo agredida. Todos somos objeto de protección, tenemos las mismas garantías constitucionales, somos iguales ante la ley y el derecho. Ello no desconoce que, a diferencia de los ciudadanos del común, los dirigentes y las personas que ostentan cargos públicos, por su condición y posición privilegiada frente a los demás, deben cumplir con ciertas cargas; en aras, claro está, de proteger a los distintos grupos sociales.

### **4.4 Delitos de injuria y calumnia**

#### *4.4.1 En España*

El Código Penal español, en el Título XI (“Delitos contra el honor”), define y delimita los conceptos de calumnia e injuria. El delito de calumnia es definido por el CP, en el artículo 205, “como la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”. El delito de injuria, consagrado en el artículo 208 del CP, establece que “la injuria es la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves. Las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo, con conocimiento

de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”. El artículo 211 del CP español señala que “la calumnia y la injuria se reputaran hechas con publicidad cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier medio de eficacia semejante”. El mayor reproche del legislador está dado por la publicidad que se le da a la injuria y calumnia por medio de los canales de difusión tradicionales o de cualquier otro que tenga los mismos efectos, dando cabida así a las redes sociales.

#### *4.4.1.1 Conclusión*

Los delitos contra el honor (injuria y calumnia), ofrecen mecanismos para que el sujeto activo de la conducta se retracte. Y es que, en realidad, lo que se debe buscar es el restablecimiento de los derechos vulnerados; el diálogo y la conciliación, en muchos casos, son medios mucho más efectivos que el mismo derecho penal para resolver este tipo de problemas. Los Estados modernos amparan el derecho fundamental a la libertad de expresión, salvo casos excepcionales donde se da una real y efectiva vulneración de derechos de igual importancia constitucional. En este sentido, las pautas sociales actuales cada vez están normalizando más el uso de expresiones salidas de tono, chocantes y ofensivas. El nivel de reproche de este tipo de comentarios cada vez es menor, por lo que en casos excepcionales se acude a la jurisdicción para denunciar a alguien por la comisión de alguno o de ambos delitos. Lo anterior denota, en nuestra opinión, un gran problema; pues, sin sostener que la respuesta ante todos los casos donde se usan expresiones intolerantes sea acudir al derecho penal como última ratio, tampoco resultaría adecuado normalizar este tipo de expresiones. No es conveniente para el bienestar y la armonía social expresar una opinión atentando contra otra persona; debe haber un límite, pues en virtud del derecho a la libertad de expresión no se debería pasar por encima de los otros.

Las pautas de consideración social han sido trasladadas a una esfera mucho más pública, dado que las redes sociales son la forma más común que tienen las personas para relacionarse. Esto puede llevar a pensar, luego del esbozo anterior, que en realidad la sociedad es más libertina, en el sentido de que no cualquier expresión es considerada como una injuria o calumnia. Se podría decir, incluso, que hay una evolución social tendiente a denunciar menos ciertas expresiones que antes eran tildadas de intolerantes. De otro lado, algunos ordenamientos jurídicos criminalizan con más frecuencia comportamientos que antes eran vistos como normales o comunes en la práctica rutinaria del ejercicio de la libertad de expresión.

## **5. ¿QUÉ SUCEDE CON EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN COLOMBIA?**

Los derechos fundamentales son aquellos derechos inherentes al hombre por su condición humana. Estos son reconocidos constitucional y legalmente y son de aplicación inmediata, por lo que el Estado debe ofrecer garantías para su protección o restauración en el caso de que sean vulnerados por el mismo Estado o por particulares (Arboleda López, 2014, p. 160).

Uno de los derechos de mayor discusión en la escena interamericana es, justamente, el derecho a la libertad de expresión<sup>70</sup>. En el sistema constitucional colombiano, el derecho a la libertad de expresión se encuentra consagrado en el artículo 20<sup>71</sup> de la Carta Política, del cual se infiere que todas las personas tienen derecho a expresar y difundir pensamientos, ideas, opiniones e informaciones, sin censura previa. A su vez, se consagra la libertad de información, que no es más que la libertad para informar y recibir información veraz e imparcial. La Corte Constitucional estableció que “el derecho fundamental a la libertad de expresión protege la transmisión de todo tipo de pensamientos, ideas, opiniones e informaciones personales de quien se expresa; y el derecho a la información protege la comunicación de versiones sobre hechos, eventos, acontecimientos, gobiernos, funcionarios, personas, grupos y en general situaciones, en aras de que el receptor se entere de lo que está ocurriendo” (Corte Constitucional, Sentencia T-256/13).

### **5.1 Límites al derecho a la libertad de expresión e información**

A través de varias sentencias, la Corte Constitucional se ha encargado de aclarar el panorama con respecto a los alcances y las limitaciones del derecho a la libertad de expresión e información. Analizándolas, resulta claro que el primer aspecto a tener en cuenta es que los límites a este derecho deben ser legítimos. Los límites al derecho a la libertad de expresión se legitiman, según la Corte, cuando en ejercicio de este derecho exista cualquier vulneración (ilegítima) a derechos de terceros. En este sentido, la Corte establece que “el derecho a informar llega hasta el punto en el cual principie a invadirse la esfera del derecho de la persona y la comunidad, no ya únicamente a recibir las informaciones sino a que ellas sean veraces e imparciales” (Corte Constitucional, Sentencia T-512/92). Dicha afirmación implica la existencia de dos tipos de límites: de carácter individual y de carácter social. El límite de carácter individual hace referencia a la esfera personal; esto es, al derecho a la intimidad de las personas, que no debe ser vulnerado por el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. El límite de carácter social, por otra parte, se refiere a que el ejercicio del derecho a informar debe llevarse a cabo cumpliendo con el principio de veracidad e imparcialidad.

Los medios de comunicación son el vehículo que materializa el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información. En este sentido, son los comunicadores y periodistas quienes, con su labor, adquieren una responsabilidad social; en tanto, su quehacer fortalece la democracia y la opinión pública y ayuda a establecer espacios de cohesión social. En la práctica, el periodista “tiene el derecho de opinar sobre cualquier cosa, aun cuando su opinión no se base en hechos sino en meras especulaciones, pero no le es dado hacer aparecer dichas especulaciones como si fueran hechos ciertos” (Corte Constitucional, Sentencia T-602/95); de hacerlo, se estaría atentando contra el principio de veracidad de la información. De esta manera, el derecho a la libertad de expresión posee una estrecha relación con la libertad de

---

<sup>70</sup> La Corte Constitucional ha señalado que este derecho también se encuentra “en los artículos 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, instrumentos que, por virtud del artículo 93 Superior, hacen parte del bloque de constitucionalidad” (Corte Constitucional, 2019a).

<sup>71</sup> “Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, al 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”.

información y el derecho a recibir información; cuestión que casi siempre es llevada a cabo por los medios de comunicación masiva, constituyéndose así la libertad de prensa<sup>72</sup>.

Otro límite legítimo al derecho a la libertad de expresión tiene que ver con aquellos casos en los que, por su ejercicio, resulta vulnerado el derecho a la honra y al buen nombre. Según el Tribunal, toda “expresión pública que circule información reservada, falsa o que haga una imputación deshonrosa contra otro” (Corte Constitucional, Sentencia C-452/16) constituye una directa vulneración a los derechos a la honra y al buen nombre. Lo anterior, teniendo en cuenta que, si se prueban veraces, son legítimas. Asimismo, añade que es factible limitar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información siempre y cuando se haga en “aras de la defensa del interés colectivo y la salvaguardia del orden institucional” (Corte Constitucional, Sentencia T-272/93), sin que esto implique una vulneración a la libertad (que es un pilar fundamental en la democracia en el ejercicio del Estado social de derecho). En este sentido, la Corte señala que la limitación al derecho a la libertad de expresión tendrá sentido cuando se altere el orden público, entendido como “la armonía social mediante la realización de la tranquilidad, la seguridad, la salubridad y la moralidad pública” (Corte Constitucional, Sentencia T-317/94).

En Colombia, el amparo de los derechos a la honra y buen nombre frente a cualquier tipo de agresión en medios de comunicación, se da por medio de la protección constitucional, esta garantía se articula con el derecho a la rectificación en condiciones de equidad que consagra el artículo 20 de la Carta Constitucional. En concordancia con lo anterior, el Decreto 2591 de 1991<sup>73</sup> prevé como requisito de procedencia de la acción de tutela que, en los eventos que involucren informaciones u opiniones difundidas por medios de comunicación o informes periodísticos publicados en redes sociales, tal como lo ha entendido la jurisprudencia constitucional, quien estima inexacta o errónea la información transmitida sobre él que solicitó la rectificación, bajo el supuesto de que el emisor ha actuado de buena fe, pero no es infalible y que así se le proporciona la oportunidad de contrastar por sí mismo la versión del solicitante, ya sea para corregirse o para sostener su postura inicial<sup>74</sup>. La solicitud de rectificación como requisito de procedencia de la acción de tutela aplica cuando la información que se predica inexacta o errónea fue divulgada por medios de comunicación, periodistas, o de quienes se dedican habitualmente a emitir información; no es procedente cuando la información es divulgada por un particular que no ejerce alguna actividad

---

<sup>72</sup> Con relación al derecho a la libertad de prensa, Arboleda y Aristizábal señalan que, “en la Constitución Política de 1991, la libertad de prensa no forma parte del grupo de derechos fundamentales, pero este vacío es en gran medida una confusión social producto de la redacción que hizo el constituyente de estos artículos constitucionales. [...] Así pues, existe una sutil frontera entre la esfera de derechos fundamentales de las personas involucradas en los hechos y las circunstancias que describe el periodista en su noticia. Esa frontera se transgrede cuando el sentido comunicativo, explícito o implícito, implica un juicio condenatorio sobre los funcionarios objeto de una noticia” (2018, p. 397).

<sup>73</sup> “Artículo 42. Procedencia. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos:

(...)

7. Cuando se solicite rectificación de informaciones inexactas o erróneas. En este caso se deberá anexar la transcripción de la información o la copia de la publicación y de la rectificación solicitada que no fue publicada en condiciones que aseguren la eficacia de la misma. (...)”

<sup>74</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-263 de 2010.

periodística<sup>75</sup>, tampoco es aplicable tal requisito cuando la información publicada es veraz pero expone elementos de la vida íntima de las personas, afectando el derecho a la intimidad<sup>76</sup>.

El derecho a la libertad de expresión también se encuentra limitado por su mismo contenido: no puede ser amparada jurídicamente una expresión delictuosa. El Alto Tribunal señala de manera expresa los contenidos prohibidos: i) la propaganda en favor de la guerra; ii) la apología del odio nacional, racial, religioso o de otro tipo que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad y la violencia contra cualquier persona o grupo de personas por cualquier motivo (discursos de odio, discursos discriminatorios, apología del delito y apología de la violencia); iii) la pornografía infantil; y iv) la incitación directa y pública a cometer genocidio (Corte Constitucional, Sentencia C-442/11).

## **5.2 Ponderación y mecanismos de protección de derechos fundamentales**

Cuando colisionan los derechos mencionados, todos de categoría fundamental, el Alto Tribunal ha indicado que deberá ser un juez el encargado de realizar un juicioso ejercicio de ponderación entre los derechos enfrentados en un caso en concreto. Así pues, en sentencia de tutela del 2013, la Corte indica lo siguiente: “Ante la colisión de derechos fundamentales como la libertad de expresión e información y los derechos a la intimidad, al buen nombre o a la honra, respecto de los cuales la Constitución no establece ningún orden jerárquico que sirva de directriz para resolver tales conflictos, al juez le corresponde hacer una cuidadosa ponderación de los intereses en juego teniendo en cuenta las circunstancias concretas” (Corte Constitucional, Sentencia T-040/13). En este sentido, el operador jurídico debe, a partir de una determinación cuidadosa del caso concreto en el que los principios se tensionan, realizar un juicio de ponderación de los derechos fundamentales en pugna, estableciendo argumentos que permitan ofrecer una solución al dilema en cuestión. Por ello, tiene el deber de sopesar tanto los argumentos como las consecuencias que estos puedan llegar a tener (Bernal & Moya, 2015, p. 115).

La disonancia entre el derecho español y el derecho colombiano radica en cómo cada sistema aborda la resolución de conflictos entre derechos fundamentales. Mientras que en España la ponderación se realiza dentro del marco de la Constitución, la ley penal y unos criterios estrictos, en Colombia, además de la ponderación, se utilizan mecanismos específicos para salvaguardar los derechos fundamentales a la honra y el buen nombre, que pueden llegar a ser vulnerados en el libre ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión e información. Estos son:

### *5.2.1 Derecho de petición y derecho de rectificación*

---

<sup>75</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencias T-454 de 2018, T-292 de 2018, T-244 de 2018, T-117 de 2018, T-110 de 2015

<sup>76</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-200 de 2018

El derecho de petición es un derecho constitucional consagrado en el artículo 23<sup>77</sup> de la Carta Política, que permite a particulares y a entidades del Estado solicitar información, documentos y datos, siempre y cuando la información que se esté solicitando por medio de este derecho no sea considerada como información o documentación de reserva (pues, en tal caso, no sería procedente el derecho de petición). A su vez, esta figura permite hacer solicitudes ante entidades administrativas u organizaciones privadas; por ejemplo, los medios de comunicación, a los que se les puede solicitar una verificación de la información emitida y difundida en caso de haber sido contraria a la verdad o errónea o de vulnerar derechos fundamentales (Arboleda López, 2014, p. 166), es decir, este derecho de petición puede ser usado en caso de que una información incorrecta sea difundida y esto perjudique el buen nombre o la honra de una persona. En caso de que estas organizaciones no den una adecuada respuesta al derecho de petición, se puede interponer una acción de tutela, para que el derecho sea efectivo como un primer recurso para resolver conflictos y que las afectaciones al honor y al buen nombre sean atendidas adecuadamente.

El derecho de rectificación, por otra parte, es definido como “una garantía de rango constitucional establecida para asegurar la veracidad de la información y para restablecer o atenuar la lesión a los derechos que puede ser vulnerados por su inobservancia” (Corte Constitucional, Sentencia T-088/13). Por medio del derecho a la rectificación, se puede resarcir la afectación a los derechos a la honra y buen nombre. Por ejemplo, quien se encuentre bajo investigación penal sin sentencia condenatoria y cuyo caso se haya vuelto de público conocimiento por la difusión de medios de comunicación podría invocar el derecho de rectificación ante la información emitida que haya vulnerado sus derechos fundamentales. Este derecho configura un paso previo a la acción de tutela, que debe invocarse ante quienes emitieron la información falsa o errónea por quien sienta transgredidos sus derechos fundamentales (Arboleda López, 2014, p. 166).

### *5.2.2 Acción de tutela*

La acción de tutela, consagrada en el artículo 86<sup>78</sup> de la Carta Constitucional, es un mecanismo de protección que permite a toda persona acudir ante las autoridades judiciales para obtener de manera inmediata la protección de sus derechos fundamentales. Es un instrumento subsidiario, porque solo procede si no existe otro mecanismo de defensa judicial idóneo, salvo que se pretenda evitar un agravio inminente a los derechos fundamentales (Constitución Política, 1991, art. 6). Entre los derechos que se protegen con la acción de tutela, se encuentran: el derecho de petición; el derecho a no recibir tratos crueles, inhumanos y degradantes; el derecho a la igualdad; el derecho a la intimidad personal; el derecho al buen nombre; entre otros. La acción de tutela procede contra particulares encargados de prestar un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o

---

<sup>77</sup> “Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales”.

<sup>78</sup> “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. La acción de tutela se reglamentó mediante el Decreto Ley 2591 de 1991.

respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión (es el caso, por ejemplo, de cuando se solicite rectificación de informaciones inexactas o erróneas). En este caso, se deberá anexar la transcripción de la información o la copia de la publicación en condiciones que aseguren la eficacia de esta (Corte Constitucional, Sentencias SU-250/98; T-153/98; T-590/98; T-025/04).

### *5.2.3 Injuria y calumnia*

El delito de injuria se encuentra consagrado en el artículo 220 del CP colombiano, presentándose cuando una persona hace imputaciones deshonrosas sobre otra. Este tipo penal contiene los siguientes elementos: “Que alguien impute a otro un hecho deshonroso; que el actor conozca que el hecho es deshonroso; que el carácter deshonroso del hecho menoscabe la honra de la persona; que el actor tenga consciencia de que ese hecho tiene la capacidad de dañar o menoscabar la honra de la persona” (Corte Constitucional, Sentencia C-442/11). La Corte Suprema de Justicia es clara en que no toda expresión que atente contra el amor propio de la persona puede ser considerada como un atentado a la honra. Debe tratarse de una afirmación con la suficiente entidad para lesionar la moral del sujeto. El análisis de la gravedad de la expresión no debe depender de una impresión personal o subjetiva, sino que de un análisis objetivo que se pueda hacer de la misma. La calumnia, por su parte, es definida por el artículo 221 del CP colombiano como la imputación falsa de una conducta típica. Está constituida por los siguientes elementos: la atribución de un hecho delictuoso a una persona determinada o determinable; que el hecho delictuoso atribuido sea falso; que el autor sepa de la falsedad; y que el autor tenga la intención de realizar la imputación. Aquí, es importante distinguir que la intención de hacer la imputación se refiere a la voluntad consciente del autor de atribuirle a otra persona un hecho que sabe que es falso y que puede causarle daño. Es así como los delitos de injuria y calumnia en Colombia solo se configuran si el actor manifiesta un comportamiento doloso; es decir, que se realiza con la mera intención de causar daño a la víctima y con el conocimiento de que las imputaciones son falsas y deshonrosas. Cabe anotar, también, que no hay lugar a la atribución de responsabilidad penal cuando el autor se retracte de manera voluntaria antes de que se profiera sentencia de primera o segunda instancia.

En materia de tipificación de delitos y fijación de penas, la Corte Constitucional ha entendido que la ley penal constituye una severa restricción al ejercicio de los derechos fundamentales y, simultáneamente, un mecanismo de protección de estos (Corte Constitucional, Sentencia C-442/11). Aunque fueron abordados en el capítulo anterior, es importante tener en cuenta los delitos de injuria y calumnia como mecanismos de protección de los derechos al buen nombre y la honra. La injuria es definida por la Real Academia Española como el agravio, ultraje de obra o de palabra, hecho o dicho contra razón y justicia. Como tipo penal, la injuria está consagrada en el artículo 220 del Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000), que indica que la persona que realice imputaciones deshonrosas incurrirá en pena de prisión y multa. La calumnia, por otra parte, es definida por la Real Academia Española como una acusación falsa hecha maliciosamente para causar daño y como la imputación de un delito hecha a sabiendas de su falsedad. Como tipo penal, se encuentra consagrada en el artículo 221 del Código Penal, que establece que el que impute falsamente

a otro una conducta típica, incurrirá en pena prisión y multa<sup>79</sup>. Debe señalarse, a su vez, que no será responsable de las conductas descritas antes probare la veracidad de las imputaciones (Código Penal, art. 224). La acción penal no podrá iniciar si la retractación o rectificación se hace públicamente antes de que el ofendido formule la respectiva denuncia (Código Penal, art. 225).

### **5.3 Reseña de casos representativos en Colombia**

El desarrollo y uso de las tecnologías, especialmente las redes sociales, ha transformado la manera en que las personas se comunican y comparten información. El lenguaje empleado en las redes sociales cada vez genera más inquietudes con respecto a si debería plantearse un discurso jurídico que permita precisar qué está permitido y prohibido en tales contextos. Es crucial identificar cuál es el límite entre la libertad de expresión y el ejercicio del poder estatal, así como definir cómo debería concretarse la responsabilidad en este tipo de contextos (Upegui Mejía, 2010, p. 161). De esta forma, a medida que las interacciones en línea se vuelven más complejas, surgen debates sobre el impacto del lenguaje empleado en las redes sociales en la esfera pública. A continuación, se reseñan algunos casos del contexto colombiano que han suscitado debates en esta línea:

#### *5.3.1 Pastor tildado de estafador en las redes sociales*

“Denuncio social y de forma ética a este sujeto. Valiéndose de la condición de pastor y reconciliador de pareja, sigue engañando, estafando y adoctrinando a menores de edad como a mi hija. Usa mentes débiles para estafar a nombre de la Biblia” (El Tiempo, 2019). Este mensaje fue publicado el 27 de febrero de 2018 en el perfil de Facebook de un hombre del municipio de San Jerónimo, Antioquia, incluyendo en la publicación la foto del líder religioso aludido. Días después, el usuario de la red social volvió a publicar otros mensajes en los que aseguró que lo único que le interesaba al pastor “era la plata de los incautos” y manifestó su especial molestia ante el hecho de que la cuota de alimentos, salud y educación que les daba a sus hijas terminaba ofreciéndose al culto que dirigía el pastor de la Iglesia Cristiana Movimiento Misionero Mundial. Esta discusión escaló hasta la Corte Constitucional, pues el pastor interpuso una acción de tutela en la que aseguró que los mensajes del usuario de Facebook estaban vulnerando sus derechos al buen nombre, la honra, la intimidad y la buena imagen. En la tutela, el pastor pidió al juez que ordenara al usuario de la red social eliminar las publicaciones y retractarse de las afirmaciones hechas en su contra, además de ofrecerle disculpas, y que se dictara una orden judicial para prevenir futuras publicaciones en su contra. Según el pastor, las imputaciones traspasaron las redes sociales, ya que su vecino también

---

<sup>79</sup> Asimismo, el artículo 222 del C.P. consagra los delitos de injuria y calumnia indirectas: “A las penas previstas en los artículos anteriores quedará sometido quien publicare, reproducire, repitiere, injuria o calumnia imputada por otro, o quien haga la imputación de modo impersonal o con las expresiones se dice, se asegura u otra semejante” (Congreso de la República, 2000). El artículo 223 del Código Penal, por otra parte, establece las circunstancias especiales de graduación de la pena: “Cuando alguna de las conductas previstas en este título se cometiere utilizando cualquier medio de comunicación social u otro de divulgación colectiva o en reunión pública, las penas respectivas se aumentarán de una sexta parte a la mitad. Si se cometiere por medio escrito dirigido exclusivamente al ofendido o en su sola presencia, la pena imponible se reducirá hasta en la mitad” (Congreso de la República, 2000).

repartió volantes en el barrio en el que se le acusaba de robar “por medio de la palabra de Dios, sometiendo a los feligreses a chantajes”.

Al evaluar el caso, la Corte Constitucional ponderó varios aspectos; entre ellos, si la religión constituye un asunto privado (en el que debería haber una mayor protección frente a la imagen y la intimidad de los líderes religiosos) o si tiene que ver con un asunto público (en el que sus voceros son visibles y están sometidos a un mayor escrutinio y críticas). La conclusión de la Corte es que la religión y los líderes religiosos tienen un carácter público que hace que deban tolerar mayores cuestionamientos; en esa medida, las expresiones que recaigan sobre el desempeño de las labores públicamente realizadas están especialmente protegidas. Afirmó también la Corte que el pastor, al ser una persona de relevancia social, cuenta con una mayor capacidad de repeler las expresiones pronunciadas en su contra; pues, como figura religiosa y predicador, tiene su palabra como primer instrumento para controvertir y defenderse. También arguye el Tribunal que los mensajes del ciudadano, al contener críticas, rechazo y descontento sobre un líder religioso, configuran un discurso especialmente protegido. La Corte aseguró que internet y las redes sociales “han permitido que la libertad de expresión pueda considerarse universal” (Corte Constitucional, Sentencia T-102/19). Así, al entender el valor de la libertad de expresión, la Corte indica que se deben proteger en principio aquellas expresiones que tengan un contenido favorable, inofensivo e indiferente, e incluso aquellas que resultan chocantes, ofensivas, ingratas o inquieten o perturben a algún sector de la población.

### *5.3.2 Caso Nicolás Castro*

Nicolás Castro, estudiante de bellas artes de la Universidad Jorge Tadeo Lozano de Bogotá, creó un grupo en la red social Facebook, titulado “Me comprometo a matar a Jerónimo Uribe hijo de Álvaro Uribe Vélez” y descrito como “un grupo para aquellos que quieran vengarse del bellaco tirano, gobernante ilegítimo, masacrador, genocida, cobarde, monstruo llamado Álvaro Uribe Vélez, asesinando a su no menos criminal, y no menos bárbaro hijo Jerónimo Uribe”. El grupo fue creado en el mes de marzo de 2009 por un usuario de Facebook registrado como “El cuervo del Salado”. El grupo pasó desapercibido por un tiempo; pero, en el mes de julio, atrajo la atención de los medios de comunicación, cuando un periodista informó a la opinión pública de su existencia. Cabe anotar que ese mismo día el grupo fue eliminado de la red social. En horas de la noche, Nicolás Castro cerró su perfil en Facebook, con el que había ingresado al perfil del grupo dejando el siguiente mensaje: “Este tipo con sus artesanías de Colombia no hace más que explotar indígenas y gente de bajos recursos, además está acusado de plagio en la Universidad de los Andes, y es bien conocido por acallar ese y otro tipos de problemas que ha tenido al interior de esa universidad, amenazando con matar a quien se le enfrente... hp” (Upegui Mejía, 2010, p. 162). El 2 de diciembre de 2009, Castro fue capturado y privado de su libertad por los cargos de instigación para delinquir con fines terroristas. El 9 de abril de 2010, un juez ordenó la libertad provisional, al considerar ilícitas, por vulneración de derechos fundamentales, las pruebas que justificaron la medida de detención provisional y la acusación de la Fiscalía. El 30 de junio de 2010 fue revocada la medida de aseguramiento por vencimiento de términos y por dilación en la práctica del juicio oral (Revista Semana, 2011).

El ejercicio del derecho a la libertad de expresión de Nicolás Castro no tuvo como efecto poner en peligro la vida de Jerónimo Uribe<sup>80</sup> ni atentar contra la seguridad nacional, ni mucho menos aterrorizar a la población. Jerónimo Uribe, al ser el hijo del presidente, ostenta la característica de ser un personaje público y, por ende, al menos en teoría, debería tener una mayor tolerancia ante expresiones y opiniones chocantes. Las palabras de Castro son una expresión simbólica del descontento generalizado que se tenía por el gobierno de turno, pero no configuraban un atentado contra bienes jurídicos como la vida y el orden o la seguridad pública; de ser así, se habrían empleado medios y estrategias adecuados para ejecutar el “plan de acabar con la vida de Jerónimo”. En conclusión, la persecución penal y la privación de la libertad a Nicolás Castro por parte del Estado resultaron desproporcionadas, pues no eran necesarias para salvaguardar la vida (Upegui Mejía, 2010, p.176); y, en cambio, sí demostraron la persecución e intimidación a la que pueden ser sujetas las personas que se atrevan a opinar en contra de personajes con poder e influencia en el país (lo que lleva a pensar que es mucho más seguro guardar silencio).

### 5.3.3 Caso Vicky Dávila y la comunidad del anillo

En el 2016, en el marco de una investigación que venían adelantando varios medios de comunicación desde el 2014, la cadena radial La FM, dirigida por la periodista Vicky Dávila, reveló una grabación íntima del exsenador Carlos Ferro con el capitán de la Policía Ángelo Palacios, quien había denunciado la existencia de la “comunidad del anillo”. El video, se supone, demostraba que Ferro había sido usuario de una red de prostitución que operaba al interior de la Policía Nacional. La periodista, luego de atravesar un proceso judicial, fue condenada a pagar una alta suma de dinero por revelar la grabación íntima del exsenador. Así lo dispuso el Juzgado 22 Civil del Circuito de Bogotá, que declaró responsable civil y extracontractualmente a la periodista y a la emisora por los perjuicios morales ocasionados a Carlos Ferro y su familia (El Espectador, 2016; Pulzo, 2020)<sup>81</sup>.

Para la Fundación Para la Libertad De Prensa (en adelante, FLIP), la condena a la periodista restringe la libertad de prensa, rechazando la decisión de segunda instancia de tutela de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que confirma la condena impuesta por el Tribunal Superior de Bogotá. Para la Fundación, la activación estratégica de la justicia contra la prensa por medio de procesos civiles envía un mensaje negativo para los periodistas que promueven el debate público. “El riesgo de la autocensura es mayor cuando se evidencia que la judicialización del ejercicio periodístico encuentra un eco en la administración de justicia, que, en lugar de proteger la libertad de expresión, avala la instrumentalización de mecanismos legales para acallar a la prensa mediante la imposición de cuantiosas sanciones económicas, sin atender los estándares internacionales de protección a la libertad de expresión” (FLIP, 2021). Consideran, además, que las condenas económicas promueven, en sí mismas, un mensaje inhibitorio a la prensa, pues generan el temor de ser castigado patrimonialmente. Para la FLIP, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia dejó de analizar los elementos centrales del caso, que de haberse tenido en cuenta cambiarían de

---

<sup>80</sup> Al ser hijo del Presidente de la República, contaba con un gran esquema de seguridad.

<sup>81</sup> Consultar en: <https://www.pulzo.com/nacion/vicky-davila-condenada-colombia-por-revelar-video-PP995642> También se cita El espectador

fondo la decisión. Por un lado, consideran que la Corte no estudió la calidad de funcionario público del demandante y, por otro lado, se judicializó una opinión. En este punto, la Fundación es enfática en asegurar que los jueces no están facultados para limitar contenidos por su forma o estilo, pues la libertad de expresión protege los discursos en todas sus manifestaciones. Finalmente, arguyen que la Corte omitió la ponderación entre el derecho a la libertad de expresión y la honra y el buen nombre; lo que es contrario a los estándares internacionales que exigen la realización del test de ponderación para limitar de manera excepcional discursos y que permiten abordar estos dilemas desde una óptica de derechos humanos.

La Corte Constitucional, en la Sentencia T-454 de 2022, protegió los derechos a la libertad de expresión y la libertad de prensa de la periodista Vicky Dávila. El alto tribunal revocó la Sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y, en su lugar, dejó en firme la Sentencia proferida en febrero de 2021 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, a la libertad de expresión y a la libertad de prensa de la periodista. El Alto Tribunal al analizar el caso argumentó:

*“los periodistas, los medios de comunicación y la ciudadanía en general tienen derecho a denunciar públicamente actuaciones irregulares de las que tengan conocimiento y que se relacionen con el ejercicio de las funciones de autoridades del Estado. Aun cuando se trate de asuntos de posibles responsabilidades administrativas o penales, no están obligados a esperar a que se produzca un fallo para hacer pública la información que tengan -la cual deberá cumplir con los principios de veracidad e imparcialidad-. Lo anterior de ninguna manera implica que se puedan invadir esferas sobre la responsabilidad y determinar con certeza la presunta comisión del delito”* (Corte Constitucional, Sentencia T-454 de 2022).

En este caso particular, la Corte es enfática en reconocer que el ejercicio de la libertad de expresión puede generar tensiones entre este derecho y los derechos fundamentales al buen nombre y a la honra. Es por esto que, es indispensable acudir a parámetros constitucionales para establecer el grado de protección de cada una de sus garantías. En el asunto puntual, establecer si quien comunica se trata de un periodista o medio de comunicación, exigiendo en este caso las cargas de veracidad e imparcialidad al estar frente al ejercicio de la libertad de información. Asimismo, determinar si se está en presencia de un discurso especialmente protegido y la calidad que tiene la persona respecto de quien se emite la información. Igualmente, el Alto Tribunal tuvo en cuenta el receptor del mensaje y el medio por el que se comunicó la información.

Los casos anteriores son solo una pequeña muestra de lo que sucede día a día en nuestro país con respecto al ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información, así como a las distintas limitaciones que encuentra para su desarrollo. Además, dan cuenta del manejo por parte de los distintos operadores jurídicos de acuerdo con las condiciones del caso objeto de estudio, a fin de buscar un equilibrio y, sobre todo, un correcto abordaje del conflicto entre los derechos fundamentales.

## 6. CONCLUSIONES

- Los organismos internacionales le han otorgado una gran protección al derecho fundamental a la libertad de expresión. La regla general que se tiene es que se debe garantizar el pleno ejercicio de la libertad de expresión, sin importar en muchos casos el tipo de discurso que sea empleado (pues hace parte del libre desarrollo de la personalidad). Se otorga una garantía a los discursos especialmente protegidos (como los discursos políticos), pues se arguye que ello es garantía del correcto desarrollo del modelo democrático de las sociedades modernas. Para estos organismos, lo único que justificaría una restricción a este derecho fundamental sería la afectación de otro derecho fundamental o un asunto racional de interés general<sup>82</sup>. Establecer cuál derecho debe primar sobre otro cuando ambos hacen parte del catálogo de derechos fundamentales resulta una tarea compleja. Los argumentos para defender uno u otro deben estar dotados de contenido, siempre buscando brindar un equilibrio. La exposición anterior es el resultado de la protección especial que organismos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Asamblea General de Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos, entre otros, han otorgado al derecho fundamental a la libertad de expresión.
- La regla general operante es que se debe garantizar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, dejando muchas veces de lado el tipo de discurso de que se trate. Ese argumento encuentra respaldo en la CIDH, que sostiene que el derecho a la libertad de expresión salvaguarda incluso aquellos “discursos chocantes, ofensivos y perturbadores”<sup>83</sup>. En este punto, es importante preguntarse si en realidad los discursos políticos, por ser especialmente protegidos, pueden pasar por encima de derechos fundamentales de igual importancia a la libertad de expresión. El Tribunal Constitucional Español, en general, propone realizar un test de ponderación para brindar una solución al latente conflicto. Sin embargo, tal solución resulta insuficiente e inadecuada para proteger de manera efectiva ambos bloques de derechos.
- Otro problema que suscita especial preocupación tiene que ver con la ausencia de una definición legal clara y delimitada de los discursos de odio, así como la necesidad de establecer límites mucho más restrictivos a estas manifestaciones. Esto es fundamental porque tales expresiones pueden observarse en los distintos ámbitos de la sociedad, ya sea por medio de caricaturas, notas periodísticas, comentarios de un usuario en la red o incluso algo tan cotidiano como las homilias de las misas (espacio, además, ideal para que los sacerdotes formulen discursos hostiles contra parejas del mismo sexo). En general, este tipo de discursos genera un ambiente de xenofobia, racismo y resentimiento<sup>84</sup>, lo que puede tener consecuencias graves en la cohesión social y en el respeto hacia la diversidad.
- Diariamente, los titulares de las noticias muestran, en diversos ámbitos de la sociedad, discursos violentos, cargados de insultos y malos tratos hacia personas y colectivos. Tales manifestaciones terminan menoscabando la intimidad, afectando el bienestar psicológico y la forma en la que estas personas se relacionan con el entorno que los rodea. En muchos de los casos, este tipo de afrentas ha conducido a la apertura de diligencias penales

---

<sup>82</sup> Rojas Bonilla y García Núñez, 2016, pp. 68-69.

<sup>83</sup> RELE de la CIDH, 2009, párr. 30.

<sup>84</sup> Teruel Lozano, 2017, p. 185.

orientadas a reivindicar y reestablecer los derechos vulnerados. Ello es comprensible, toda vez que, hasta el momento, el único mecanismo efectivo que la institucionalidad ha encontrado para hacerle frente a este tipo de casos es la respuesta penal. Dicha vía, a su vez, preocupa a otros sectores; pues la conciben como una vulneración a la libertad de expresión y como un despropósito sobre lo que en realidad significa el derecho penal y cuál es su verdadera función en el sistema democrático.

- El ejercicio del derecho a la libertad de expresión es vital para el crecimiento individual: el libre intercambio de ideas ayuda al enriquecimiento intelectual, es una manera de aproximarse a la verdad. La libertad de expresión trasciende a la esfera pública, lo que necesariamente implica un cambio de la realidad social de la población. Este intercambio de ideas afecta el entorno político y social, en la medida en que posibilita ampliar el debate público, permite elegir a los líderes y fomenta la opinión pública libre (que es un elemento esencial de las democracias modernas). Es por esto que el derecho a la libertad de expresión es uno de los pilares y ejes fundamentales de los sistemas políticos, apoyándose en las libertades individuales y en la voluntad colectiva de los pueblos.
- La necesidad de conocer y transmitir información es tan antigua como los seres humanos. Cada época se ha encontrado con elementos distintos para lograr ese objetivo, como las obras de teatro, la aparición de los bufones en las calles, las caricaturas, los medios escritos (como la prensa), los medios radiales y televisivos. Esta progresiva capacidad de difusión se consolidó fuertemente con la aparición de las redes sociales como medio predominante y líder a la hora de estar informados. El deseo de conocimiento general y la búsqueda incansable de la verdad ha consolidado a las redes sociales como medios eficaces al servicio de la sociedad, donde, aparentemente, se cuentan los hechos tal cual suceden, no se disfrazan las cosas y se muestra la verdad cruda y sin censura. No obstante, esto mismo entraña un peligro, pues, al ser las redes sociales una de las principales fuentes de información, las noticias pueden ser manipuladas; muchas veces al servicio de los gobiernos de turno, presentando verdades a medias, convenientes y sesgadas. Es por esto que la llegada de las redes sociales marcó un hito en la búsqueda de información.
- Esa verdad sin censura ha sido objeto de debate en todas las legislaciones: unas con ideas un poco más conservadoras sobre el tema, buscando un equilibrio entre lo que se cuenta y los efectos negativos que puede generar en la persona objeto de la noticia; otras, por el contrario, más tranquilas e incluso un poco permisivas, premiando y aplaudiendo los discursos chocantes y justificándolos desde el derecho a la libertad de expresión (permitiendo pisotear otros derechos sin la más mínima protección).

## 7. REFLEXIONES FINALES

Una de las premisas de este trabajo investigativo fue establecer si el derecho penal era el mecanismo idóneo para solucionar el latente conflicto entre el derecho a la libertad de expresión e información y los derechos a la dignidad, al honor y la intimidad. Evidenciar esa problemática se derivó del gran interrogante que generó la amplia protección que ostenta el derecho fundamental a la libertad de expresión a nivel internacional. Como se evidenció a lo largo del texto, las opiniones están divididas: algunos aseguran que el derecho penal es la mejor y más idónea herramienta para dar solución a este conflicto; mientras otros se oponen tajantemente, pues el derecho penal debería ser la última instancia a la que se acuda en estos casos.

Existen propuestas con relación a la regulación de la libertad de expresión en la web (especialmente, en las redes sociales), que van desde una idea de más intervención por parte de los estados hasta endilgarle responsabilidad a los administradores de estas plataformas digitales. No existe una respuesta unívoca; más bien, todas las propuestas son válidas mientras sean tratadas desde el respeto por los derechos individuales y colectivos. No tengo una respuesta absoluta, pero sí estoy de acuerdo con que el derecho penal no debería ser la primera y principal instancia a la que acudir para darle valor superior a un derecho sobre otro. Se debe analizar el caso concreto, el contexto en que se dio la ofensa (si así fuese), el grupo al que fue dirigido, la intención con la que se hizo, etc. Es importante, además, conocer ambas historias y no quedarse con una sola versión; así como, en la medida de lo posible, tratar de ser neutral y coherente, buscando siempre dar verdaderas soluciones en aras de proteger los derechos.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert (2002): *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Álvarez, Juan (2017): Insulto. Breve historia de la ofensa en Colombia.
- Arboleda López, A. P. (2014). Visión de la Corte Constitucional, respecto a los derechos de libertad de expresión e información: una relación desde el derecho al buen nombre, a la intimidad y a la honra. *Revista Lasallista de Investigación*, 11(2), 159-167.
- Arboleda, P., Aristizábal, J. (2018). Estudio jurisprudencial constitucional sobre la libertad de expresión y prensa en Colombia: medios de comunicación, censura y autocensura. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 48(129), 375-400.
- Arias Maldonado, Manuel Jesús (2018): “Pasiones adversativas: para una psicopolítica del enjambre digital”. *Letras Libres*. Disponible en: <https://www.letraslibres.com/espana-mexico/revista/pasiones-adversativas-una-psicopolitica-del-enjambre-digital>.
- Bastida Freijedo, Francisco José (2002): "La libertad de información en la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en Aragón, Manuel (ed.): *La democracia constitucional: estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*. Madrid: Congreso de los Diputados, 573-592.
- Bernal Castro, C. A. & Moya Vargas, M. F. (2015). *Libertad de expresión y proceso penal*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio (1984): “Revisión del contenido del bien jurídico honor”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 32, n° 2, 305-319.
- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio (1987): *Honor y libertad de expresión*. Madrid: Tecnos.
- Boix Palop, Andrés (2016): “La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales”. *Revista de Estudios Políticos*, n° 173, 55-112. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rep.173.02>.
- Botero Marino, Catalina; Guzmán Duque, Federico; Jaramillo Otoy, Sofía; & Gómez Upeguí, Salomé (2017): *El derecho a la libertad de expresión: curso avanzado para jueces y operadores jurídicos en las Américas*. Bogotá: Dejusticia.
- Cajigal Germain, Juan Pablo (2018): Los discursos de odio como límite a la libertad de expresión.

- Carbonell, M. (2007). Coord., *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Carmona Salgado, Concepción (1991): *Libertad de expresión e información y sus límites*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas.
- Carrillo, Marc (1988): "Derecho a la información y veracidad informativa". *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 8, n° 23, 187-206.
- Carrillo Donaire, Juan Antonio (2016): "Libertad de expresión, discurso del odio y libertad religiosa: la construcción de la tolerancia en la era postsecular", en *Revista de Fomento Social. Regulación y autorregulación de contenidos audiovisuales*. Cizur Menor: Aranzadi, 205-243. Disponible en: <https://doi.org/10.32418/rfs.2015.278.1579>.
- Castilla Barea, Margarita (2011): *Las Intromisiones Legítimas en el Derecho a la Propia Imagen: Estudio de las circunstancias que legitiman la intromisión en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen*. Navarra: Aranzadi.
- Castilla Juárez, Karlos A. (2011): *Libertad de expresión y derecho de acceso a la información en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. México: CNDH.
- Castro Cabrera, V. J. (2018). *El derecho a la libertad de expresión e información en el ordenamiento constitucional colombiano y su relación con el proceso de paz*. Trabajo de Grado [Facultad de Derecho/Universidad Católica de Colombia - Bogotá, Colombia].
- Catala I Bas, Alexandre H. (2001): *Libertad de expresión e información: la jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional*. Valencia: Revista General de Derecho.
- Contreras, Sergio Octavio (2014): "La red y las transformaciones humanas". *Etcétera*. Disponible en: <https://www.etcetera.com.mx/revista/la-red-y-las-transformaciones-humanas/>.
- Cotino Hueso, Lorenzo (2009): "El problema de la responsabilidad por los contenidos ilícitos en la web 2.0 y algunas propuestas de solución" [Ponencia]. *I Seminario IDT sobre derecho y web 2.0. Workshop sobre la propiedad intelectual, la privacidad, la administración electrónica y las responsabilidades en la web 2.0: aspectos legales y tecnológicos* [Institute of Law and Technology (IDT), Universidad Autónoma de Barcelona, 18 de septiembre].
- Cuerda Arnau, María Luisa (2007): "El nuevo delito político: apología, enaltecimiento y opinión". *Estudios de Derecho Judicial*, n° 128, 89-122.
- Darnaculleta Gardella, María Merce (2005): *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*. Madrid: Marcial Pons.
- De Carreras Serra, Lluís (1996): *Régimen jurídico de la información: periodistas y medios de comunicación*. Barcelona, Ariel.
- De Domingo, Tomás (2001): *¿Conflictos entre derechos fundamentales?* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Díaz Soto, José Manuel (2015): "Una aproximación al concepto de discurso de odio". *Revista Derecho del Estado*, n° 3, 77-101.
- Díez Picazo, Luis María (2008): *Sistema de derechos fundamentales*. Navarra: Civitas.

- Donofrio, Andrea (2019): "Prólogo". *Historia y Comunicación Social*, vol. 24, nº 2, 389-394. Disponible en: <https://doi.org/10.5209/hics.66317>.
- Estrada Alonso, Eduardo (1989): *El derecho al honor en la ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo*. Madrid: Cívitas.
- Fernández-Miranda y Campoamor, Alfonso (1984): "Art. 20. Libertad de expresión y derecho de la información", en Alzaga Villamil, Óscar (dir.): *Comentarios a las leyes políticas*. Madrid: Edersa.
- Fois, Sergio (2001): "Información y derechos constitucionales". *Revista de Derecho Político*, nº 50, 27-54.
- Gamboa Sánchez, Carlos Andrés (2019): "Lo íntimo y lo privado frente a la libertad de prensa". *Revista IUSTA*, vol. 1, nº 50, 211-226. Disponible en: <https://doi.org/10.15332/1900-0448.2019.0050.09>.
- García Herrera, Miguel Ángel (1982): "Estado democrático y libertad de expresión". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 64, 141-174.
- García-Pablos de Molina, Antonio (1984): *Estudios Penales*. Barcelona: Bosch. Qué artículo de este libro?
- García-San Miguel, Luis (1992): "Reflexiones sobre la intimidad como límite de la libertad de expresión". En *Estudios sobre el derecho a la intimidad*. Madrid: Tecnos, 15-35.
- Garrido Falla, Fernando (1980): *Comentarios a la Constitución*. Madrid: Cívitas.
- Goig Martínez, Juan Manuel (2006): *El sistema constitucional de derechos y libertades según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Universitas.
- Gómez, María Rosa (2015): "Plataformas digitales y límites a la libertad de expresión: regulación de contenidos discriminatorios". *Oficios Terrestres*, nº 33, 5-17.
- Jaén Vallejo, Manuel (1992): *Libertad de expresión y delitos contra el honor*. Madrid: Editorial Colex.
- Kaufman, Gustavo Ariel (2015): *Odium dicta: libertad de expresión y protección de grupos discriminados en Internet*. México: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.
- Llamazares Calzadilla, María Cruz (1999): *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
- López Peregrín, Carmen (2000): *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- López Ulloa, Juan Manuel (1994): *Libertad de informar y derecho a expresarse: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Cádiz: Universidad de Cádiz.
- MacKinnon, Rebecca (2012): *Consent of the Networked: The Worldwide Struggle for Internet Freedom*. Nueva York: Basic Books.
- Madrid Conesa, Fulgencio (1984): *Derecho a la intimidad: informática y Estado de derecho*. Valencia: Universitat de València.
- Marzal Raga, Consuelo Reyes (2014): *La nueva sanción de apercibimiento en materia de protección de datos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Mendoza Escalante, Mijail (2007): *Conflictos entre derechos fundamentales: expresión, información y honor*. Lima: Palestra Editores.
- Morales Prats, Fermín (1984): *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*. Barcelona: Ediciones Destino.
- Morales Prats, Fermín (1988): “Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora”. *Cuadernos de Política Criminal*, n° 36, 663-725.
- Moreno Bobadilla, Ángela (2016): “El derecho a la intimidad en España”. *Ars Boni Et Aequi*, vol. 12, n° 1, 33-47.
- Morillas Cueva, Lorenzo (1981): “El artículo 20 de la Constitución y los delitos de desacatos”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 34, n° 2-3, 669-690.
- Muñoz Machado, Santiago (1987): *Libertad de prensa y procesos por difamación*. Madrid: Ariel.
- Muñoz Machado, Santiago (2013): *Los itinerarios de la libertad de la palabra*. Barcelona: Editorial Planeta.
- Pantaleón Prieto, Ángel Fernando (1996): "La Constitución, el honor y unos abrigos". *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, n° 2, 1689-1695.
- Pardo Falcón, Javier (1992): "Los derechos del artículo 18 de la Constitución Española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 12, n° 34, 141-180.
- Pardo Kuklinski, Hugo (2016): “La microfísica de la posverdad”. *Digitalismo*. 28 de noviembre. Disponible en: <http://digitalismo.com/la-microfisica-de-la-posverdad/>.
- Parekh, Bhikhu (2012): "Is There a Case for Banning Hate Speech?", en Herz, Michael & Molnar, Peter (eds.): *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*. Cambridge: Cambridge University Press, 37-56.
- Perceval, José María (2015): *El humor y sus límites: ¿de qué se ha reído la humanidad?* Madrid: Cátedra.
- Polo Sabau, José Ramón (2002): *Libertad de expresión y derecho de acceso a los medios de comunicación*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Quintano Ripollés, Antonio (1972): *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Revenge Sánchez, Miguel (2015): “Discursos del odio y modelos de democracia”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n° 50, 32-35.
- Rodríguez Devesa, José María (1987): *Derecho Penal Español: Parte Especial*. Madrid: Dykinson.
- Rodríguez-Izquierdo Serrano, Miryam (2015): “El discurso del odio a través de Internet”, en Revenge Sánchez, Miguel (dir.): *Libertad de expresión y discursos del odio*. Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá, 149-186.

- Rojas Bonilla, Fabián Andrés; & García Núñez, Jenny Catherin (2016): "El derecho penal y la libertad de expresión en las redes sociales". *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, vol. 8, n° 15, 66-82.
- Rotunda, Ronald D.; Nowak, John E.; & Young, Jesse Nelson (1986): *Treatise on Constitutional Law: Substance and Procedure*. Minnesota: West Publishing.
- Rubio Moraga, Ángel L.; & Donofrio, Andrea (2019): "El periodismo de datos como antídoto de la posverdad", en Aparici, Roberto & García Marín, David (coords.): *La posverdad: una cartografía de los medios, las redes y la política*. Barcelona: Gedisa.
- Ruiz Miguel, Carlos (1995): *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Madrid: Tecnos.
- Saavedra López, Modesto (1987): *La libertad de expresión en el Estado de derecho: entre la utopía y la realidad*. Barcelona: Ariel.
- Sáinz Cantero, José Antonio (1957): "El contenido sustancial del delito de injurias". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 10, n° 1, 85-120.
- Salvador Coderch, Pablo (1990): "Difamación y libertad de expresión", en Salvador Coderch, Pablo (coord.): *El mercado de las ideas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 15-136.
- Sánchez Agesta, Luis (1981): *Sistema político de la Constitución Española de 1978*. Madrid: Editora Nacional.
- Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo (2006): "La tipificación de conductas de apología del delito y el Derecho penal del enemigo", en Cancio Melià, Manuel & Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.): *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer, 893-916.
- Sandoval-Martín, Teresa; & Nachawati-Rego, Leila (2018): "Riesgos y oportunidades para la libertad de expresión en la era post primavera árabe. Periodistas premiados por *Index on Censorship*". *Revista Latina de Comunicación Social*, n° 73, 1016-1033.
- Sociedad Interamericana de Prensa [SIP] (2014): "Preocupa intromisión en contenidos que plantea proyecto de ley digital en Argentina" [en línea]. 15 de noviembre. Disponible en: [http:// goo.gl/4U90D7](http://goo.gl/4U90D7).
- Solozábal Echavarría, Juan José (1991): "La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales". *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 11, n° 32, 73-114.
- Souto Paz, José Antonio (2007): *Comunidad política y libertad de creencias: introducción a las libertades públicas en el derecho comparado*. Madrid: Marcial Pons.
- Suárez-Mira Rodríguez, Carlos (2010): "Internet y derecho penal", en Fernández Rodríguez, José Julio & Sansó-Rubert Pascual, Daniel (eds.): *Internet: un nuevo horizonte para la seguridad y la defensa*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 103-124.
- Teruel Lozano, Germán M (2017): "Expresiones intolerantes, delitos de odio y libertad de expresión: un difícil equilibrio". *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n° 36, 185-196.

- Tribe, Laurence H. (1978): *American Constitutional Law*. Nueva York: The Foundation Press.
- Vázquez Alonso, Víctor Javier (2016): "Libertad de expresión y religión en la cultura liberal de la moralidad cristiana al miedo postsecular". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 49, n° 146, 305-341.
- Upegui Mejía, J. C. (2010). Libertad de expresión, redes sociales y derecho penal: estudio del caso Nicolás Castro. *Revista Derecho del Estado*, 25, 159-192.
- Vives Antón, Tomás Salvador (2001): "Apología del delito, principio de ofensividad y libertad de expresión", en López Guerra, Luis María (coord.): *Estudios de Derecho Constitucional: homenaje al profesor D. Joaquín García Morillo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 279-294.

## 6.1 Jurisprudencia y tratados internacionales

- Asamblea General de las Naciones Unidas [AGNU] (1948): *Declaración Universal de los Derechos Humanos* [DUDH]. 10 de diciembre de 1948.
- Asamblea General de las Naciones Unidas [AGNU] (1966): *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* [ICCPR, por sus siglas en inglés]. Resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966 [entrada en vigor el 23 de marzo de 1976].
- Asamblea General de las Naciones Unidas [AGNU] (2011): *Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión* [UN Doc A/66/290]. 10 de agosto de 2011.
- Comisión Europea para la Democracia por el Derecho [Comisión de Venecia] (2010): *Blasphemy, Insult, and Hatred: Finding Answers in a Democratic Society*. Estrasburgo: Consejo de Europa.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] (1997): *Hugo Bustíos Saavedra vs. Perú* [Caso no. 10.548, Informe no. 38/97]. 16 de octubre de 1997.
- Consejo de Europa (1950): *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* [CEDH]. 4 de noviembre de 1950.
- Consejo de Europa (1997): *Recomendación n° R(97)20*. 30 de octubre de 1997.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH] (2006): *Caso López Álvarez vs. Honduras* [serie C no. 141]. Sentencia del 1 de febrero de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH] (1985): *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)* [Opinión Consultiva OC-5/85 (serie A no. 5), solicitada por Costa Rica]. 13 de noviembre de 1985.
- Organización de los Estados Americanos [OEA] (1948): *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* [DADH]. 30 de abril de 1948.
- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión [RELE] de la CIDH (2009): *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión* [OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 2/09]. 30 de diciembre de 2009.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos [TEDH] (1997): *Caso Zana contra Turquía* [STEDH App. 1895/91]. 25 de noviembre de 1997.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos [TEDH] (1998): *Caso Partido Comunista Unificado de Turquía contra Turquía* [STEDH 1/1998, N42]. 30 de enero de 1998.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos [TEDH] (1999): *Caso Karataş contra Turquía* [STEDH App. 23168/94]. 8 de julio de 1999.

## **6.2 Normativa española**

*Código Penal* [Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal].

*Constitución Española de 1978*.

*Ley Orgánica 1/1982, del 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*.

## **6.3 Normativa colombiana**

*Constitución Política de la República de Colombia de 1991*.

Congreso de la República de Colombia. (2000). Ley 599 de 2000 (“*Código Penal*”).

Cámara Colombiana de Informática y Telecomunicaciones. (2020). Comentarios al Proyecto de Ley 176 de 2019. 12 de junio.

Presidencia de la República de Colombia. (1991). Decreto Ley 2591 de 1991 (“*Por medio del cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia*”).

## **6.4 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español**

*STC 6/1981*. FJ 3.

*STC 12/1982*. FJ 3.

*STC 104/1986*. FJ 5; FJ 6.

*STC 165/1987*. FJ 10.

*STC 85/1988*. FJ 2.

*STC 107/1988*. FJ 2; FJ 3.

*STC 185/1989*. FJ 4.

*STC 20/1990*. FJ 4.

*STC 105/1990*. FJ 3; FJ 4; FJ 8.

*STC 171/1990*. FJ 5.

*STC 172/1990*. FJ 2; FJ 3; FJ 4.

*STC 214/1991*. FJ 1; FJ 8.

*STC 85/1992*. FJ 4.

*STC 219/1992.* FJ 2; FJ 5.  
*STC 223/1992.* FJ 3.  
*STC 240/1992.* FJ 6; FJ 7.  
*STC 123/1993.* FJ 5.  
*STC 178/1993.* FJ 5.  
*STC 232/1993.* FJ 3.  
*STC 41/1994.* FJ 5.  
*STC 170/1994.* FJ 3.  
*STC 232/1994.* FJ 3.  
*STC 76/1995.* FJ 6.  
*STC 176/1995.* FJ 3.  
*STC 52/1996.* FJ 6; FJ 7.  
*STC 107/1998.* FJ 2.  
*STC 134/1999.* FJ 8.  
*STC 144/1999.* FJ 8.  
*STC 180/1999.* FJ 3.  
*STC 115/2000.* FJ 2; FJ 9.  
*STC 297/2000.* FJ 3.  
*STC 204/2001.* FJ 2.  
*STC 47/2002.* FJ 4.  
*STC 52/2002.* FJ 6.  
*STC 121/2002.* FJ 5.

**¿No hay nada en los últimos 21 años?**

## **6.5 Jurisprudencia de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia de Colombia**

Corte Constitucional de Colombia. (1992). *Sentencia T-406 de 1992*. Magistrado Ponente: Ciro Angarita.

Corte Constitucional de Colombia. (1992). *Sentencia T-512 de 1992*. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional de Colombia. (1993). *Sentencia T-272 de 1993*. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional de Colombia. (1994). *Sentencia T-317 de 1994*. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional de Colombia. (1995). *Sentencia T-602 de 1995*. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia. (1997). *Sentencia T-552 de 1997*. Magistrado Ponente: Vladimir Naranjo Mesa.

Corte Constitucional de Colombia. (1998). *Sentencia SU-250 de 1998*. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia. (1998). *Sentencia T-153 de 1998*. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia. (1998). *Sentencia T-590 de 1998*. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia (2002): *Sentencia C-489 de 2002*. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional de Colombia. (2004). *Sentencia T-025 de 2004*. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional de Colombia. (2011). *Sentencia C-442 de 2011*. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional de Colombia. (2013). *Sentencia T-040 de 2013*. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional de Colombia. (2013). *Sentencia T-088 de 2013*. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional de Colombia. (2013). *Sentencia T-256 de 2013*. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional de Colombia. (2016). *Sentencia C-452 de 2016*. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia (2016): *Sentencia T-050 de 2016*. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional de Colombia. (2017). *Sentencia T-63A de 2017*. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio

Corte Constitucional de Colombia. (2018). *Auto 285/18*. Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas.

Corte Constitucional de Colombia. (2019). *Sentencia SU-420 de 2019*. Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas.

Corte Constitucional de Colombia (2019). *Sentencia T-102 de 2019*. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional de Colombia. (2019). *Sentencia T-179 de 2019*. Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2019). *Sentencia SC-52382019*. Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa Villabona.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2019a). *Sentencia SP-1122019*. Magistrados Ponentes: Patricia Salazar Cuéllar & Eyder Patiño Cabrera.

## 6.6 Normativa y jurisprudencia de otros ordenamientos nacionales

Corte Suprema de Canadá (1990): *R. v Keegstra*, 3 S.C.R. 697, 795. Disponible en: <https://scc-csc.lexum.com/scc-scc/scc-scc/en/item/695/index.do>.

Honorable Cámara de Diputados [HCD] de la Nación Argentina (2015): *Proyecto de Ley de Prevención y Sanción de Actos Discriminatorios* [Expediente 2447-D-2015]. Disponible en: <http://www.hcdn.gob.ar/proyectos/proyecto.jsp?id=175078>

Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN] de México [Primera Sala] (2013): *Amparo Directo en Revisión 2806/2013*. Ministro: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. 6 de marzo de 2013.

## 6.7 Prensa

El Espectador. (2016). Un texto para comprender qué es la ‘comunidad del anillo’ [sección Redacción Judicial]. 17 de febrero. Disponible en: <https://www.elespectador.com/judicial/un-texto-para-comprender-que-es-la-comunidad-del-anillo-article-617228/>.

El Tiempo. (2019) ¿Por qué un pastor debe soportar que le digan estafador en las redes? [sección Justicia]. 30 de mayo. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/justicia/cortes/corte-protege-criticas-en-redes-sociales-contra-pastores-y-lideres-religiosos-368552>.

Fundación Para La Libertad De Prensa. (2019). *El internet que nadie quiere* [informe anual]. Disponible en: <https://flip.org.co/index.php/en/capitulo-9>.

Fundación Para La Libertad De Prensa. (2021). Condena a Vicky Dávila restringe la libertad de prensa. 6 de abril. Disponible en: <https://flip.org.co/index.php/en/informacion/pronunciamientos/item/2699-condena-a-vicky-davila-restringe-la-libertad-de-prensa>.

Pulzo. (2020). Vicky Dávila, condenada en Colombia por revelar video de la ‘comunidad del anillo’ [sección Nación]. 11 de junio. Disponible en: <https://www.pulzo.com/nacion/vicky-davila-condenada-colombia-por-revelar-video-PP995642>.

Revista Semana. (2011). ¿Por qué fue absuelto Nicolás Castro? [sección Justicia]. 29 de septiembre. Disponible en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/por-que-absuelto-nicolas-castro/247211-3/>.

## 9. ANEXOS

### **Norma sobre *odium dicta* en el Código Penal español<sup>85</sup>**

#### *Artículo 510*

1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

- a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o

---

<sup>85</sup> Texto vigente al 28 de abril de 2015. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>.

contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus integrantes a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus integrantes a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

c) Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus integrantes a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.

2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses:

d) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus integrantes a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos.

e) Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por

motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus integrantes a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución. Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos.

3. Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de Internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas.

4. Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado.

5. En todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente.

6. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos. En los casos en los que, a través de un portal de acceso a la web o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo.