

María Paz Ávila Ordóñez, Ramiro Ávila Santamaría, Gustavo Gómez Germano, eds., *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, Quito, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OHCHR) y Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), 2012.

por María Paz Ávila Ordóñez*

El derecho a la libertad de expresión, tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos,¹ como en la Convención Interamericana de Derechos Humanos² es reconocido como el derecho de toda persona a buscar, recibir y difundir información u opiniones, por cualquier medio de información. A este respecto, la Convención Interamericana de Derechos Humanos es más amplia y explícita al establecer la prohibición de censura previa, los requisitos para el establecimiento de responsabilidades ulteriores, la prohibición de la censura por medios indirectos

como el abuso de controles oficiales, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de la información. Así mismo la Convención

* Visitante Profesional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1. Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948, en París. Art. 19. "Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión".
2. Convención Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969. Art. 13. "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección".
 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
 - a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.
 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.
 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Interamericana de Derechos Humanos establece las excepciones en cuanto a la censura en caso de espectáculos públicos destinados a la infancia y adolescencia, así como toda propaganda en favor de la guerra y la prohibición del discurso de odio.

En función de este avance estructural respecto de los discursos protegidos y no protegidos que demarca la Convención Interamericana se han evidenciado grandes debates para determinar el alcance y la nueva agenda de los estados en el cumplimiento de los estándares internacionales respecto a este derecho de trascendental importancia como es el derecho a la libertad de expresión.

En este afán, la obra *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda* recoge varios artículos de grandes pensadores internacionales que incluyen los trabajos de relatores de las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos sobre libertad de expresión, Frank La Rue y Catalina Botero, respectivamente. Así como los aportes de connotados juristas como Eduardo Andrés Bertoni, Miguel Carbonell, Alfredo Chirino Sánchez, Owen Fiss, Roberto Gargarella, Gustavo Gómez Germano, Juan Fernando Jaramillo, Marco Navas Alvear, Roberto Saba y Rodrigo Uprimny Yepes, quienes presentan sus debates, alcances y nueva agenda para el derecho a la libertad de expresión.

Uno de estos grandes debates respecto de los alcances del derecho a la libertad de pensamiento y expresión se da durante el año 2000, cuando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión durante su 108 período ordinario, los cuales tienen como objetivo fundamental otorgar un marco jurídico que regule la efectiva protección de la libertad de expresión en el hemisferio, incorporando las principales doctrinas reconocidas en los diversos instrumentos internacionales.³

DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Estos principios, como parte inicial del libro *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, establecen, entre otras cosas, que el derecho a la libertad de expresión es un derecho inherente a todas las personas, quienes deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación. Por tanto la colegiación obligato-

3. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, antecedentes, párr. 2.

ria o exigencia de títulos para el ejercicio de la actividad periodística constituyen restricciones ilegítimas de la libertad de opinión.

De esta manera, y tal como lo señala Gustavo Gómez Germano, en su artículo “Nueva Agenda y reconceptualización de la Libertad de Expresión en las Américas” el derecho a la libertad de expresión no puede ser entendido como un derecho exclusivo de los periodistas o de los dueños de los medios de comunicación, ya que la libertad de expresión es un derecho de todos los ciudadanos que puede ser incluso exigido ante los mismos medios de comunicación.

En este punto cabe recalcar que la confusión entre medios de comunicación y derecho a la libertad de expresión ha producido en muchas ocasiones el rechazo al concepto de este derecho por importantes sectores sociales y académicos que asocian libertad de expresión como un derecho de grandes empresarios, constituyéndose así, lo que Gustavo Gómez denomina, un enfoque unidireccional e individual de un derecho humano.

Sobre esta misma asociación entre libertad de expresión, medios de comunicación y poder económico, Owen Fiss, en su artículo “Libertad de Expresión y Estructura Social” señala que aun en el contexto capitalista no se puede reducir la distorsión del debate público exclusivamente al poder económico debido a que “las estructuras burocráticas, las personalidades, las divisiones sociales y las normas culturales, todas desempeñan un papel en la configuración del carácter de debate público”.⁴ Sin embargo, Fiss afirma que una sociedad en la que opera el capital privado puede verse amenazado ciertamente en la riqueza de su debate público pues, incluso los organismos gubernamentales se podrían ver limitados en cuanto a sus expresiones. Corolario a lo expuesto, Fiss también señala que no por ello se puede considerar la libertad como un lujo, pues constituye un derecho de todos los ciudadanos, y en este sentido es obligación del Estado garantizar la pluralidad de medios y voces para que este derecho pueda ser ejercido por todos.

VERACIDAD E IMPARCIALIDAD

Otro aspecto de transcendental importancia que trae a colación la obra *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda* y la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión hace referencia a los condicionamientos respecto de la

4. Owen Fiss, “Libertad de Expresión y Estructura Social”, en María Paz Ávila Ordóñez, Ramiro Ávila Santamaría y Gustavo Gómez Germano, eds., *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, Quito, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OHCHR) y Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), 2011, p. 73.

veracidad, oportunidad o imparcialidad de la información, criterios que resultan incompatibles con el derecho a la libertad de expresión debido a que este derecho abarca inclusive la información errónea, incompleta o no oportuna; caso contrario, conforme consta en la interpretación anexa a los principios, se estaría estableciendo una verdad absoluta que suprimiría el debate que constituye un elemento fundamental en una sociedad democrática.

De esta manera,

la exigencia de la veracidad puede implicar la censura casi automática de toda aquella información que es imposible de someter a prueba, lo que anularía, por ejemplo, prácticamente todo el debate político sustentado principalmente en ideas y opiniones de carácter netamente subjetivo. Inclusive en aquellos casos en que la información se refiera a hechos concretos de probable comprobación fáctica, también es imposible exigir la veracidad de la misma, ya que es indudable que sobre un mismo hecho concreto puede existir un gran número de interpretaciones marcadamente distintas.⁵

Roberto Gargarella sostiene que el derecho a la libertad de expresión requiere una especial protección y ante la exigencia de la veracidad de la información expone las pautas de John Stuart Mill, que presupone que nunca es bueno suprimir ningún tipo de información “ya sea porque la opinión en cuestión puede ser totalmente verdadera lo cual torna imprescindible el conocimiento de esta, ya sea porque es parcialmente verdadera, lo que también hace necesario su conocimiento, o ya sea porque es falsa, dado que la crítica nos obligará a sostener nuestras convicciones a partir de razones, y no a partir del mero prejuicio o la falta de cuestionamientos.”⁶

Miguel Carbonell por su parte, en el “Fundamento de la Libertad de Expresión en la Democracia Constitucional” señala que no se puede conocer la verdad si no se conocen todos los elementos, pues no se puede formar un propio criterio si no se tienen todos los puntos de vista o todas las versiones sobre un mismo hecho. Así, para este autor, “la libertad de expresión permite desarrollar el esencial principio democrático de la rendición de cuentas, hacer visibles los actos de gobierno y discutir sobre las mejores alternativas en materia de políticas públicas”.⁷

-
5. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, en María Paz Ávila Ordóñez, Ramiro Ávila Santamaría, Gustavo Gómez Germano, edits, *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, p. 17.
 6. John Stuart Mill, *On Liberty*, citado por Roberto Gargarella, “Constitucionalismo y Libertad de Expresión”, en María Paz Ávila Ordóñez, Ramiro Ávila Santamaría, Gustavo Gómez Germano, edits., *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, p. 32.
 7. Miguel Carbonell, “El Fundamento de la Libertad de Expresión en la Democracia Constitucional”, en María Paz Ávila Ordóñez, Ramiro Ávila Santamaría, Gustavo Gómez Germano, edits., *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, p. 91.

Catalina Botero, Juan Fernando Jaramillo y Rodrigo Uprinmy Yepes, en su artículo “Libertad de Información, Democracia y Control Judicial”, respecto a la veracidad como límite interno a la libertad de información, anotan que la Corte Constitucional Colombiana ha señalado que la veracidad de una información hace referencia a hechos o enunciados de carácter fáctico que pueden ser verificados, por lo cual no cubre las opiniones. No obstante, la jurisprudencia ha comprendido que, en muchos eventos, no resulta fácil definir si una información respeta el principio de veracidad, pues puede referirse a hechos difíciles de comprobar o fundarse en fuentes que merezcan la más alta credibilidad del medio pese a que, finalmente, resulten equivocadas.⁸

LEYES ANTIMONOPÓLICAS U OLIGOPÓLICAS

La Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión también prevé el establecimiento de leyes anti monopólicas u oligopólicas en la propiedad de los medios de comunicación para garantizar la pluralidad y diversidad en el pleno ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Respecto a la concentración de medios, en la reunión del día mundial de libertad de prensa el 4 de mayo de 2009, el secretario General de la OEA señaló que “el Estado no es la única fuente de restricción de la libertad de expresión pues también lo es, y de manera determinante, la concentración de la propiedad de los medios. Cuando se arriba a una circunstancia de este tipo frecuentemente las personas no reciben todas las perspectivas de los asuntos que les conciernen, lo que por cierto no contribuye a la efectiva vigencia de la libertad de expresión y de la democracia que implica siempre pluralismo y diversidad”.⁹

Roberto Saba, en su artículo “Censura Indirecta, publicidad oficial y diversidad”, señala que “la protección de la libertad de expresión tiene por objeto, además de preservar el derecho individual del que se expresa, blindar el derecho de todas las demás personas a conocer la mayor cantidad y diversidad de expresiones posi-

8. Catalina Botero, Juan Fernando Jaramillo y Rodrigo Uprinmy Yepes, “Libertad de Información, Democracia y Control Judicial”, en María Paz Ávila Ordóñez, Ramiro Ávila Santamaría, Gustavo Gómez Germano, eds., *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, p. 282.

9. Discurso del Secretario General de la OEA, Jose Miguel Insulza, “La libertad de expresión en las Américas”, citado por Gustavo Gómez, “Nueva Agenda y Reconceptualización de la Libertad de Expresión en las Américas”, en María Paz Ávila Ordóñez, Ramiro Ávila Santamaría, Gustavo Gómez Germano, eds., *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, p. 157.

bles con el fin de ejercer su derecho individual a desarrollar su plan de vida en forma autónoma y su derecho colectivo a autogobernarse.¹⁰

Para Saba el Estado tiene dos roles conforme los cuales puede debilitar o potenciar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión; el primero de ellos es la facultad regulatoria mediante la cual puede establecer, por ejemplo, reglas para garantizar la diversidad y controlar la propiedad monopólica u oligopólica de los medios de comunicación, facilitando de este modo el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. El segundo rol del Estado es la facultad de asignar recursos mediante los cuales, por ejemplo, se podrían destinar recursos a los medios comunitarios.

En el mismo sentido, Catalina Botero, actual relatora de la OEA para la libertad de expresión en su artículo “Diversidad, Pluralismo y Libertad de Expresión”, citando a la Corte Interamericana expone que “no sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista”.¹¹

De esta manera, a criterio de Catalina Botero, los estados deben realizar todas aquellas acciones encaminadas a revertir las situaciones discriminatorias que afecten el cumplimiento y goce del derecho a la libertad de expresión, y por ende deben abstenerse de realizar acciones o favorecer practicas que discriminen a ciertas personas o grupos de personas en el goce de este derecho.

Por tanto, para todas aquellas regulaciones encaminadas a normar el acceso o renovación de licencias, las autoridades que fiscalizan el cumplimiento de los requisitos deben cumplir también con ciertos requisitos. El primero de ellos es que sea una ley clara y precisa; tener como finalidad la libertad e independencia de los medios, así como la equidad y la igualdad en el acceso al proceso comunicativo, y establecer solo aquellas limitaciones posteriores a la libertad de expresión que sean necesarias, idóneas y proporcionadas al fin legítimo que persigan.¹²

De esta manera, la regulación sobre radiodifusión debe garantizar el derecho a la libertad de expresión para que las personas puedan expresarse sin temor a poste-

10. Roberto Saba, “Censura Indirecta, publicidad oficial y diversidad”, en María Paz Ávila Ordóñez, Ramiro Ávila Santamaría, Gustavo Gómez Germano, eds., *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, p. 162.

11. Corte IDH, *Ríos y otros vs Venezuela, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 28 de enero de 2009, serie C, No. 194, párr. 106 citado por Catalina Botero, “Diversidad, Pluralismo y Libertad de expresión”, en María Paz Ávila Ordóñez, Ramiro Ávila Santamaría, Gustavo Gómez Germano, eds., *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, p. 182.

12. CIDH, Informe Anual 2008, vol. II, “Informe de la Relatoría Especial para la libertad de Expresión”, Capítulo IV, párr. 82 citado por Catalina Botero, “Diversidad, Pluralismo y Libertad de expresión”, en María Paz Ávila Ordóñez, Ramiro Ávila Santamaría, Gustavo Gómez Germano, eds., *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, p. 197.

riores represalias o sanciones, teniendo en cuenta que las limitaciones sean acordes a las contempladas en la Convención Americana de Derechos Humanos y que por tanto sean proporcionales, idóneas y necesarias para el cumplimiento de los fines establecidos en la Convención.

Así, Catalina Botero expone que las limitaciones al derecho a la libertad de expresión no solo pueden ser útiles o razonables sino también necesarias, es decir, que no debe limitarse el derecho más allá de lo estrictamente indispensable para garantizar el pleno ejercicio y alcance del derecho a la libertad de expresión.¹³

MEDIOS DE COMUNICACIÓN PÚBLICOS Y COMUNITARIOS

Respecto de los medios públicos de comunicación, Catalina Botero señala que los medios de comunicación públicos son aquellos que tienen como finalidad garantizar la pluralidad y diversidad en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, proveyendo contenidos educacionales, culturales e informativos. En este punto, la relatora de la libertad de expresión de la OEA resalta que los medios de comunicación públicos deben ser independientes del poder ejecutivo y para ello deben contar con el financiamiento adecuado que coadyuve a su independencia y accesibilidad.

Al respecto, en su Declaración conjunta de 2007, los relatores especiales para la libertad de expresión de la ONU, OEA, OSCE y la Comisión Africana sostuvieron que se requieren medidas especiales para proteger y preservar los medios públicos en el nuevo espacio radioeléctrico. El mandato de los medios públicos debe estar claramente establecido por la ley, y debe incluir, entre otros, el contribuir a la diversidad, la cual debe ir más allá de ofrecer diferentes tipos de programación, dar voz y satisfacer necesidades de información e intereses de todos los sectores de la sociedad. Se deben explorar mecanismos innovadores para el financiamiento de los medios públicos, de forma tal que este sea suficiente para permitirles cumplir con su mandato de servicio público, que sea garantizado por adelantado para períodos de varios años y que sea ajustado de acuerdo a la inflación.¹⁴

-
13. Corte IDH, Caso Kimel vs. Argentina, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia 2 de mayo de 2008 citada por Catalina Botero, “Diversidad, Pluralismo y Libertad de expresión”, en María Paz Ávila Ordóñez, Ramiro Ávila Santamaría, Gustavo Gómez Germano, eds., *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, p. 209.
 14. Declaración Conjunta sobre la diversidad en la radiodifusión, 12 de diciembre de 2007, citado por Catalina Botero, “Diversidad, Pluralismo y Libertad de expresión”, en María Paz Ávila Ordóñez, Ramiro Ávila Santamaría, Gustavo Gómez Germano, eds., *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, p. 222.

Por su parte, el Relator de las Naciones Unidas para la Libertad de Expresión, Frank La Rue, en su artículo “Libertad de Expresión de los Pueblos Indígenas, Minorías y Grupos Vulnerables” expone que todas las personas tienen derecho a acceder a la información necesaria para construir opiniones o para tomar decisiones. Sin embargo, el relator resalta que las mujeres han sido relegadas de este derecho, el cual, en casos extremos, ha constituido la negación de la información o educación necesaria, pues la falta de esfuerzo por parte de los estados para promover y garantizar el acceso a estas, así como el acceso a medios para emitir su opinión, al igual que a programas de salud y de prevención de la violencia han influido negativamente para que las mujeres puedan tomar libremente decisiones informadas.¹⁵

Así, dentro de estos patrones de exclusión del ejercicio del derecho a la libertad de expresión que comporta no solo su derecho a manifestarse sino también a recibir información adecuada, ha contribuido a perpetuar relaciones de violencia en las cuales la mujer se ha visto subordinada y con escaso acceso a salud, empleo, educación y participación política.

En cuanto a los pueblos y comunidades indígenas, de igual manera, *Frank La Rue* señala que el acceso a la información y el cumplimiento de su derecho a la libertad de expresión les permitirán el cumplimiento y la exigibilidad de sus derechos. Respecto a este el art. 16 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas indica que los pueblos indígenas tienen derecho a establecer sus propios medios de comunicación, con sus propios idiomas y también el derecho a acceder a los demás medios de comunicación sin discriminación.

En este sentido, los medios de comunicación comunitaria juegan un papel preponderante como mecanismos para facilitar la inclusión y el cumplimiento de los derechos tanto de las mujeres como de las comunidades pueblos y nacionalidades indígenas. Por tanto, los medios comunitarios deben carecer de un fin lucrativo y tener finalidades educativas informativas, culturales y populares en aras de trabajar para el desarrollo y comunicación de las comunidades.

15. Fran La Rue, “Libertad de Expresión de los Pueblos Indígenas, Minorías y Grupos Vulnerables”, en María Paz Ávila Ordóñez, Ramiro Ávila Santamaría, Gustavo Gómez Germano, eds., *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, p. 244.

EL PODER DEL ESTADO

Finalmente, un punto álgido dentro de la Declaración de Principios sobre Libertad de expresión resulta ser la declaración del principio No. 13 que establece que

la utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por ley.

Para Gustavo Gómez Germano, el uso y el abuso de la publicidad oficial es uno de los temas que ha ido ganando espacio en la agenda interamericana, como mecanismos indirectos de censura que generan obstáculos para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, pues según este autor la publicidad oficial ha servido como premio o castigo para los coidearios y opositores o críticos a un sistema de gobierno, cuestión que también puede evidenciarse con la publicidad proveniente del sector privado. Sin embargo, el mecanismo que ha comportado una censura previa de manera directa y evidente han sido las leyes de desacato.

LEYES DE DESACATO

En esta obra varios autores se han pronunciado respecto a las leyes de Desacato, de la misma manera, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión establece que las leyes de desacato que penalizan las expresiones vertidas en contra de funcionarios públicos son consideradas contrarias al derecho a la libertad de expresión, pues los funcionarios públicos están sujetos a una mayor crítica por parte de la ciudadanía en función del cargo que desempeñan, lo cual genera efectos positivos como son la rendición de cuentas por parte de los funcionarios públicos y enciende mecanismos de participación mediante los cuales los ciudadanos pueden exigir o criticar el desenvolvimiento de un funcionario público.

Alfredo Chirino Sánchez en su artículo “Libertad de Expresión y Ley Penal” sostiene que con frecuencia se confrontan el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión. A su entender

La discusión sobre una posible definición para la política criminal de los delitos contra el honor sugiere más bien que el camino para la construcción o renovación de un derecho penal no debe atender solo al fenómeno del honor como derecho humano especial, sino también al más amplio componente de problemas de una sociedad organizada: la necesidad de información, de su intercambio y de la generación de más conocimiento...¹⁶

Según este autor, en la mayoría de sociedades existe la creencia equivocada de que se reducirá la criminalidad mediante la reforma o enmienda al Código Penal, cuestión alejada de la realidad que no toma en cuenta que para la resolución de los problemas sociales existen mecanismos alternativos diferentes al derecho penal.

Owen Fiss, respecto a este tema señala que “tradicionalmente, una expresión de opinión es protegida incluso si causa inconvenientes, una aglomeración, etc.; y no veo por qué la misma regla no podría ser aplicada para fomentar el debate público, donde el Estado aparece como un amigo en lugar de cómo un enemigo de la libertad de expresión”.¹⁷

Eduardo Andrés Bertoni, en su artículo “Jurisprudencia sobre Libertad de Expresión, Avances y Desafíos”, expone cómo el Informe sobre la Incompatibilidad de las leyes de desacato con la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁸ marcó un hito respecto de las futuras decisiones tanto de la Comisión como de la Corte en cuanto al análisis del efecto intimidatorio que producen las leyes penales y las sanciones por expresiones referentes a cuestiones de interés público, pues a criterio de este autor, el temor a las sanciones penales de cárcel genera un efecto silenciador que limita el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, pues desalienta a los ciudadanos a expresarse sobre asuntos de interés público. A este respecto, existe jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de Expresión que ha sido enfática e incluso en algunos casos ha instado a los estados a reformar sus leyes y eliminar el tipo penal de desacato.

16. Alfredo Chirino Sánchez, “Libertad de Expresión y ley penal”, en María Paz Ávila Ordóñez, Ramiro Ávila Santamaría, Gustavo Gómez Germano, eds., *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, p. 137.

17. Owen Fiss, “Libertad de Expresión y estructura social”, en María Paz Ávila Ordóñez, Ramiro Ávila Santamaría, Gustavo Gómez Germano, eds., *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, p. 137.

18. CIDH, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1994, Informe sobre la Incompatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana de Derechos Humanos, OEA/Ser. L/V/II.88, doc.9.rev., 17 de febrero de 1995.

JURISPRUDENCIA SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Respecto de la jurisprudencia sobre libertad de expresión, Eduardo Andrés Bertoni, ex relator de la OEA para la libertad de Expresión en su artículo “New York Times Vs Sullivan y la Malicia Real de la Doctrina”, señala la importancia que ha tenido la interpretación de los límites de la libertad de expresión por parte de la jurisprudencia de la Corte Estadounidense debido al desarrollo que ha experimentado esta sociedad en respuesta a situaciones históricas de reclamos a los que se ha enfrentado, lo que ha conllevado a la persecución de varios grupos anarquistas y socialistas respecto de sus ideales y protestas.

La resolución del caso New York Times vs Sullivan comporta el impedimento a un funcionario público de ser indemnizado por una manifestación inexacta o difamatoria respecto de su conducta oficial a menos que se pruebe que fue hecha con real malicia, es decir con conocimiento de que era falsa o con una temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad.¹⁹ En este contexto el caso New York Times vs. Sullivan resalta, por el desarrollo de la doctrina de la real malicia, que a su criterio confrontan tres problemas al interpretar lo propuesto por el Juez Brennan en su sentencia: el primero, respecto a la calidad de la figura pública, el segundo, respecto al alcance de la despreocupación temeraria sobre la falsedad de la manifestación y el tercero, respecto de la distinción de afirmaciones de hechos y opiniones.

Así, este caso representó la aplicación de dicha regla no solo para funcionarios públicos sino también para funcionarios públicos respecto de temas de interés público, y por tanto constituye un principio que impide la judicialización por críticas a los gobernantes priorizando el sistema democrático y la rendición de cuentas en sus funciones.

Finalmente, en cuanto a la jurisprudencia sobre libertad de expresión e instrumentos internacionales, en la obra *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, se recopilan algunos extractos de sentencias hito de la Corte Interamericana a favor del Derecho a la libertad de expresión como son: el Caso “La Última Tentación de Cristo” vs. Chile, Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Caso Kimel vs. Argentina, Caso Perozo y otros vs.

19. Eduardo Andrés Bertoni, “New York Times vs Sullivan y la malicia real de la doctrina”, en María Paz Ávila Ordóñez, Ramiro Ávila Santamaría, Gustavo Gómez Germano, edits., *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, p. 263.

Venezuela y el Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, así como la Declaración conjunta del décimo aniversario que contiene los diez desafíos claves para la libertad de expresión en la próxima década.

BIBLIOGRAFÍA

Ávila Ordóñez, María Paz, Ramiro Ávila Santamaría, Gustavo Gómez Germano, eds., *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, Quito, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OHCHR) y Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), 2012.

OTROS

Convención Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948, París.

Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1994, Informe sobre la Incompatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana de Derechos Humanos, OEA/Ser. L/V/II.88, doc.9.rev., 17 de febrero de 1995.

Andrew T. Guzmán,
*Cómo funciona el
Derecho Internacional:
una teoría de elección
racional*, Nueva York,
Oxford University
Press, 260 pp.*

Gustavo Prieto M.**

El estudio del Derecho internacional en cualquiera de sus áreas lleva consigo la interrogante fundamental de establecer cómo ejecutar y hacer cumplir un derecho que, a diferencia del Derecho nacional, no cuenta con medios permanentes de coerción y que en muchos casos es irrespetado por los estados. Andrew Guzmán, se plantea resolver este interrogante desde el punto de vista de las teorías de elección racional propias del análisis económico del derecho. El autor entra en un interesante camino hacia la esencia misma del Derecho

internacional, al buscar establecer por qué un derecho que no cuenta con un poder coercitivo general, puede afectar el comportamiento de los estados. Desde una perspectiva metodológica, el trabajo de Guzmán se sitúa, en sus propias palabras, en una “intersección del derecho internacional y las ciencias sociales”¹ (relaciones internacionales), que emprende la peculiar tarea de armonizar con la herramienta de la elección racional, algunos de los elementos usados por las escuelas liberales y constructivistas de relaciones internacionales.²

REPUTACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Para Guzmán, la esencia del cumplimiento del Derecho internacional se centra en tres razones de cooperación, que el autor denomina las tres “R”: 1. Reputación, 2. Reciprocidad y 3. Retaliación.³ En relación a la primera, el autor la define como los “juicios sobre el comportamiento pasado de un Estado”,⁴ que permite realizar predicciones sobre cumplimientos futuros basados en ese comportamiento. La Reputación por lo tanto se convierte en una suerte de capital que un Estado puede

* Título original traducido del inglés: *How International Law Works, A Rational Choice Theory*.

** Docente contratado de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Investigador sobre temas de Derecho Internacional Económico y de Inversiones.

1. Andrew T. Guzmán, *How International Law Works, A Rational Choice Theory*, Nueva York, Oxford University Press, 2010, p. 8.

2. Para una mayor explicación de las diferentes teorías de fundamento del Derecho Internacional, ver a Sean D. Murphy, *Principles of International Law*, Washington, Thomson/West, 2006, pp. 10 y siguientes.

3. Andrew T. Guzmán, *How International Law Works, A Rational Choice Theory*, p. 9.

4. *Ibid.*, p. 33.

acumular, y que, haciendo una analogía con derivados financieros,⁵ tiene una suerte colateral del compromiso que los estados asumen en tratados y acuerdos internacionales. En otras palabras, una razón para el cumplimiento de normas de Derecho internacional es la necesidad del Estado de mantener una reputación en el ámbito internacional que le permita hacer cumplir obligaciones existentes y al mismo tiempo tener una base de credibilidad para negociaciones futuras. Por otro lado, la Reciprocidad es el cambio de comportamiento de un Estado motivado por el deseo de maximizar los beneficios de un tratado⁶ al esperar un comportamiento similar de cumplimiento de otros estados. Finalmente, la Retaliación consiste en acciones utilizadas para castigar al infractor de una obligación internacional; puede consistir en actos desde acciones diplomáticas, medidas de orden económico e inclusive acciones militares. Sin embargo, gran parte del libro analiza la reputación como factor del cumplimiento del Derecho internacional, con la justificación de que la reciprocidad y retaliación han sido explorados ampliamente en otros textos.

Dentro del estudio de la reputación en el contexto internacional, el autor concluye que esta es relativa, es decir que la reputación de un Estado difiere o es percibida de diferente manera por otros estados. Como ejemplo se expone el caso de Estados Unidos⁷ cuya reputación puede ser percibida de diferente manera por Canadá, que es su socio comercial, que por otros países donde no posea tanta cercanía como por ejemplo Siria. Un segundo elemento que se analiza sobre la reputación es que el cumplimiento de las obligaciones internacionales genera un capital reputacional y por lo tanto mientras mayor sea la importancia de una obligación, mayor será el capital adquirido por un Estado si actúa en conformidad al Derecho internacional.

No se proporcionan elementos objetivos para apreciar la importancia de una obligación internacional,⁸ pero sí se mencionan algunos criterios para tomar en cuenta, uno de ellos es que el capital reputacional no es proporcional cualitativamente al número de tratados cumplidos sino al contexto de los mismos. Otro elemento mencionado es la determinación del beneficio de un Estado por el incumplimiento de obligaciones internacionales frente a la acumulación de capital reputacional.⁹ En este sentido, un Estado puede sacrificar la pérdida de reputación frente a la posibilidad de alcanzar fines particulares de importancia. Un ejemplo de esto

5. *Ibid.*, p. 40.

6. *Ibid.*, p. 34.

7. *Ibid.*, p. 73.

8. *Ibid.*, p. 77.

9. *Ibid.*, p. 75.

es el uso de la fuerza de Estados Unidos en Irak, donde sacrificó su reputación por el cumplimiento de fines que se justificaron como de seguridad.¹⁰

TEORÍAS DE ELECCIÓN RACIONAL EN EL ANÁLISIS DEL DERECHO INTERNACIONAL

Para el análisis de la reputación como factor que determina el comportamiento de los estados frente al Derecho internacional, Guzmán recurre a varias herramientas de la teoría de elección racional, diseñadas originalmente para explicar las decisiones de los individuos.

Goldsmith y Posner, exponen claramente el uso de la teoría de elección racional:

Nuestra teoría de derecho internacional asume que los estados actúan racionalmente para maximizar sus intereses (...) Este supuesto introduce premisas estándares sobre la teoría de la elección racional: Las preferencias sobre resultados incorporados en el interés del Estado son coherentes, completas y transitivas. Pero no pretendemos que los axiomas de elección racional representen con exactitud el proceso de toma de decisiones de un “Estado” en toda su complejidad, (...) Más bien, se utiliza la teoría de la elección racional pragmáticamente como una herramienta para organizar nuestras ideas e intuiciones...¹¹

Dentro de las teorías de elección racional, para analizar la reputación, el autor utiliza frecuentemente la teoría del prisionero,¹² que consiste básicamente en la decisión de dos individuos aislados de cooperar o no cooperar entre sí y donde el mayor

10. El mismo análisis puede aplicarse a la decisión unilateral de Colombia de atacar un campamento de las FARC en territorio ecuatoriano, violando normas internacionales. En este caso el objetivo militar fue más importante que la posible pérdida de reputación del Estado colombiano frente a sus vecinos.

11. Jack L. Goldsmith y Eric A. Posner, *The Limits of International Law*, Oxford/Nueva York, Oxford University Press, 2005, p. 7.

12. Eduardo Baistocchi, explica la Teoría del Prisionero de la siguiente manera: “Dos personas han sido acusadas de haber cometido un delito. Están siendo interrogadas en habitaciones separadas de modo tal que no pueden comunicarse entre sí. Si ninguna de ellas confiesa, ambas recibirán una pena leve de, digamos, dos meses en prisión. Si ambas confiesan y se incriminan mutuamente, recibirán una pena mayor de, digamos tres meses en prisión. Finalmente, si solo una de ellas confiesa incriminando a la otra, la parte que confiesa recibirá la más baja sanción (un mes). Y la otra persona la más grave sanción (cuatro meses). Los acusados no pueden comunicarse entre sí. No respetan principio moral alguno. Cada jugador solo desea seguir una estrategia que le otorgue el mayor beneficio posible sin importar cual sea el comportamiento de la otra parte (...) La interacción estratégica del dilema del prisionero otorga a ambos jugadores el incentivo a no cooperar con el otro. Esto es, a confesar el delito e incriminar al otro jugador. Ello es así porque si un jugador decide cooperar con el otro, negando la participación en el delito en cuestión, correría el riesgo de ser enviado a prisión por el más largo período posible si la otra confesara”. Eduardo Baistocchi, “La estructura del Sistema de Tributación Internacional: Algunas cuestiones conceptuales”, en *Litigios de Precios de Transferencia: Teoría y Práctica*, Buenos Aires, Lexisnexis, 2008, p. 61.

beneficio radica en cooperar con el otro jugador, pero donde las partes usualmente eligen no hacerlo y minimizar el riesgo de incumplimiento del otro jugador.

Guzmán propone como ejemplo el análisis del dilema del prisionero en las negociaciones para el desarme nuclear, en especial el Tratado Anti Misiles Balísticos entre Estados Unidos y la Unión Soviética en 1972 que tenía como fin el desarme de los dos estados. El máximo beneficio para ambos países era la cooperación mutua –control de armamento– pero la estrategia dominante era “hacer trampa” –carrera armamentista–,¹³ esto debido a que el riesgo de que un Estado se desarme sin que el otro lo haga era mucho más grande que el beneficio del desarme en sí. En este punto, la reputación se constituye en un elemento importante adicional a los incentivos que proporciona la teoría del dilema del prisionero, debido a que existe un interés de futuras negociaciones sobre varios aspectos entre dos partes, por lo que en caso de incumplimiento se afecta la capacidad del Estado de entrar en compromisos futuros. Es así que, por lo expuesto en este ejemplo, los dos estados pueden entrar en una dinámica de desarme por el valor que tiene la construcción de compromisos futuros.

Desde este punto de vista, los tratados para Guzmán no son más que un “intercambio de promesas entre estados”,¹⁴ motivo por el cual la mayor o menor reputación de un Estado se traduce en la capacidad de intercambiar en mayor o menor grado promesas con otros estados. Desde esta concepción el *soft law* o Derecho blando internacional, que se lo entiende como “promesas, obligaciones o compromisos internacionales con arreglo al derecho internacional”,¹⁵ es un derecho pleno. El autor concluye que las mismas causas de cumplimiento, en especial la reputación, son aplicables también al *soft law*.¹⁶

COMENTARIO

El trabajo de Andrew T. Guzmán brinda al análisis del Derecho internacional muchos elementos refrescantes y valiosos para entender su esencia. Como el mismo autor lo anota, el Derecho internacional se encuentra en una etapa de transformación, especialmente en su parte metodológica, donde es cada vez más común el uso de herramientas de la investigación social tanto cuantitativa como cualitativa.¹⁷

13. Andrew T. Guzmán, *How International Law Works, A Rational Choice Theory*, p. 31.

14. *Ibid.*, p. 32.

15. *Ibid.*, p. 142.

16. *Ibid.*, p. 180.

17. *Ibid.*, p. 211.

Sin embargo, la obra tiene algunas observaciones que lo alejan de ser una teoría general de Derecho internacional como su autor pretende, pues constituye una teoría de la reputación internacional como incentivo de cumplimiento del Derecho internacional. Asimismo, otros puntos que pueden ser objeto de observación son la simplicidad en ciertos conceptos, por ejemplo, el análisis de los estados, que se los asume como entidades unitarias con intereses unitarios y no como sujetos políticos complejos donde internamente existe un gran número de grupos de interés, lo cual puede dificultar el hablar de interés unitario de un Estado. De igual forma la definición que se usa en torno a los tratados, como simples “intercambios de promesas”, puede desconocer el desarrollo mismo de las fuentes del Derecho internacional. Finalmente, la obra no entra en un análisis de las dinámicas de la reputación desde el punto de vista de los procesos de integración, pero sus principios bien pueden aplicarse para analizar el cumplimiento del Derecho comunitario.

Por lo expuesto, y a pesar de las cuestiones señaladas, la obra “Como Funciona el Derecho Internacional, Una Teoría de Elección Racional” es sin duda un importante y valioso aporte para el entendimiento pleno de esta rama del Derecho, debiéndose resaltar que es producto de un gran esfuerzo metodológico reflejado en una adecuada construcción del concepto de reputación en el Derecho internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- Baistrocchi, Eduardo, “La estructura del Sistema de Tributación Internacional: algunas cuestiones conceptuales”, en *Litigios de precios de transferencia: teoría y práctica*, Buenos Aires, Lexisnexis, 2008.
- Goldsmith, Jack L., y Posner Eric, *The Limits of International Law*, Oxford/Nueva York, Oxford University Press, 2005.
- Guzmán, Andrew T., *How International Law Works, A Rational Choice Theory*, Nueva York, Oxford University Press, 2010.
- Murphy, Sean D., *Principles of International Law*, Washington, Thomson/West, 2006.