

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

Restricciones legítimas a la libertad de expresión en época de campaña electoral en el Ecuador

Emilia Carrasco Castro

Directora: Abg. Daniela Salazar Marín

Tesis de grado presentada como requisito
para la obtención del título de Abogada

Quito, mayo 2014

**Universidad San Francisco de Quito
Colegio de Jurisprudencia**

HOJA DE APROBACION DE TESIS

**Restricciones legítimas a la libertad de expresión en época de campaña
electoral
Emilia Carrasco**

Daniela Salazar Marín, LL.M
Director de Tesis

.....

Daniela Salazar Marín, LL.M
Miembro del Comité de Tesis

.....

Farith Simon , Ph.D
Miembro del Comité de Tesis

.....

Jaime Vintimilla, Dr.
Miembro del Comité de Tesis

.....

Luis Parraguez , Ph.D
Decano del Colegio de Jurisprudencia

.....

Quito, 15 de mayo del 2012

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Nombre: Emilia Verónica Carrasco Castro

C. I.: 1715410955

Fecha: Quito, mayo de 2014

Dedicatoria

Dedico este trabajo a mis padres que siempre me han brindado la motivación para ser mejor ser humano.

Agradecimiento

Agradezco a todos los profesores y amigos que me han hecho comprender que los derechos humanos son igual de importantes en la teoría como en la práctica

Resumen

El presente trabajo tiene por objetivo determinar si las restricciones a la libertad de expresión son legítimas en época de Campaña Electoral dentro del Ecuador. En primera instancia, se analiza el derecho de la libertad de expresión de manera general y se consideran las distintas perspectivas de este derecho dentro del ámbito nacional e internacional de los Derechos Humanos. Luego, se plantean las restricciones legítimas que existen frente al Derecho de la Libertad de Expresión basadas en la normativa y la jurisprudencia nacional e internacional como guías óptimas para dicho análisis, a partir de lo cual se plantean pautas generales que establecen los parámetros legítimos de las limitaciones de este derecho. Finalmente, se examinan, mediante el derecho comparado, las restricciones legítimas que existen fuera del Ecuador para después realizar un análisis interno y determinar si es legítima la imposición de límites al Derecho de Libertad de Expresión dentro del periodo de campaña electoral. Si bien existen varias razones por las cuales la libertad de expresión dentro del periodo electoral no puede ser limitada, se plantea la noción de que ningún derecho es absoluto y que el Estado debe garantizar que este derecho no sea abusado ni violentado.

Abstract

This paper aims to determine whether the restrictions for the freedom of expression are legitimate in times of electoral campaign within Ecuador. Firstly, the right of freedom of expression would be analyzed from a general point of view and the different perspectives for this right in the national and international fields of Human Rights are taken into consideration. Secondly, the legitimate restrictions against the Law of Freedom of Expression used as optimal resources for the national and international legislation and jurisprudence are considered for this analysis, so that the general and legitimate parameters are exposed in order to show the limitations for this right. Finally, by means of comparative law, existing restrictions to impose limits on the Law of Freedom of Expression during campaign periods within Ecuador are evaluated so as to determine their legitimacy. Even though there are several reasons why freedom of expression during campaign periods cannot be limited, the notions of the inexistence of an absolute right and the assurance from the State to not abuse this right are proposed.

1. Índice

Restricciones legítimas a la libertad de expresión dentro del periodo electoral en el Ecuador:

Introducción	11
1. La libertad de expresión en el Estado de Derecho	13
1.1. Perspectiva Constitucional acerca del derecho de Libertad de Expresión.	17
1.2. Derecho de libertad de expresión dentro del periodo de campaña electoral	22
1.3. Perspectiva del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre la libertad de expresión	23
1.3.1. Corte Interamericana de Derechos Humanos	24
1.3.2. Comisión Interamericana de Derechos Humanos	29
2. Restricciones legítimas a la libertad de expresión	35
2.1. Responsabilidad ulterior y prohibición a la censura previa	37
2.2. Limitaciones legales expresas en instrumentos nacionales e internacionales	41
2.2.1. Constitución del Ecuador	41
2.2.2. La Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.	46
2.3. Test Tripartito	48
2.3.1. Limitación Legal	48
2.3.1.1. Precisión y claridad legal.	50
2.3.1.2. Formalidad y materialidad legal.	52
2.3.2. Limitación Objetiva:	52
2.3.2.1. Restricción por incitación a la discriminación.	53
2.3.2.2. Restricciones por preservación de la reputación de los demás.	56
2.3.2.3. Preservación de la reputación de los servidores públicos	57
2.3.2.4. Restricciones por preservación de la moral y el Orden Público.	59
2.3.3. Limitación de Necesidad	60
2.3.3.1. Proporcionalidad en la medida legal impuesta	61
2.3.3.2. Alcance de las sanciones impuestas	65
3. Regulaciones de la libertad de expresión en época electoral.	67
3.1. Ámbito internacional	68
3.1.1. Derecho comparado:	69
3.1.1.1. México	70
3.1.1.1.1. Normativa	70
3.1.1.1.2. Jurisprudencia mexicana	71
3.1.1.2. Argentina	76

3.1.1.2.1.	Normativa	77
3.1.1.2.2.	Jurisprudencia argentina	79
3.1.1.3.	Colombia	81
3.1.1.3.1.	Normativa	82
3.1.1.3.2.	Jurisprudencia colombiana	84
3.1.2.	SIDH	87
3.1.2.1.	Comisión Interamericana de Derechos Humanos.	87
3.1.2.2.	Corte Interamericana de Derechos Humanos.	89
3.1.3.	Corte Europea de Derechos Humanos	91
3.2.	Ámbito Nacional.	93
3.2.1.	Legislación vigente	93
3.2.1.1.	Consejo Nacional Electoral	94
3.2.1.2.	Tribunal Contencioso Electoral	95
3.2.1.3.	Código de la democracia	97
3.2.2.	Jurisprudencia Nacional	105
3.2.2.1.	Tribunal Contencioso Electoral	105
3.2.2.2.	Corte Constitucional	110
3.2.2.3.	Casos no judicializados	112
4.	Conclusiones	114
	Bibliografía	118

Introducción

Los derechos humanos en la actualidad constituyen una fuente de garantías y principios que buscan brindar a los ciudadanos protección a través del direccionamiento del ejercicio del poder y del reconocimiento de las libertades en general.

Dentro de un Estado de Derechos deben existir valores que busquen la igualdad y la garantía de los mismos a través de las leyes. Es por eso, que las sociedades han creado a los derechos humanos como mecanismo idóneo frente al respeto y al ejercicio de las libertades. Una de las principales libertades que ha tratado de reconocer los derechos humanos es la libertad de expresión. Esta libertad es importante ya que mediante ella se ha buscado garantizar que los ciudadanos de un Estado defiendan sus ideologías, orientaciones creencias, posturas, etc. La libertad de expresión en la mayoría de países ha sido garantizada dentro del ordenamiento jurídico desde el ámbito internacional y nacional pues es una libertad trascendental dentro de un Estado democrático de derechos. El expresarse de una forma libre a través de opiniones y pensamientos otorga una especie de garantía a los ciudadanos para revelar inconformidades con el sistema y nivela de esta manera el abuso de poder en caso de que exista. Consecuentemente, un sistema democrático buscará que a través del respeto de estas libertades se permita la producción y difusión de información que busque regular a los otros poderes estatales a través de los medios de comunicación.

Ahora bien, uno de los tantos periodos en el que la libertad de expresión deberá ser tomada muy en cuenta es el periodo de campaña electoral. Dentro de esta etapa los ciudadanos deben poder analizar todo tipo de información relevante de los candidatos electorales pues se está poniendo en juego el futuro político y social de la Nación. La publicidad, los debates y la información que se puede producir dentro del periodo de campana electoral deberían estar disponibles a todos los ciudadanos por constituir información necesaria para tomar una decisión consciente; sin embargo, al ser la libertad de expresión un derecho esta deberá estar legítimamente delimitada para evitar abusos ya sea de actores civiles o políticos.

El presente trabajo busca determinar cuáles son las restricciones legítimas que se deben plantear para regular el derecho de libertad de expresión dentro del periodo de campaña electoral en el Ecuador. Para ello, se expondrán ciertos parámetros tanto en la normativa como en la jurisprudencia internacional y nacional en Derechos Humanos que nos ayudarán a dilucidar cuales son estas restricciones legítimas y si nuestro ordenamiento jurídico y nuestros casos jurisprudenciales, tratados hasta la fecha se acogen a estos parámetros.

Si bien varios países han restringido el derecho a la libertad de expresión en éste periodo mediante la normativa y la jurisprudencia es la ley de cada país quien limitará la libertad de expresión según las necesidades. No obstante, si bien los Estados gozarán de una potestad regulatoria esta no podrá ser usada para abusar de este derecho ni mucho menos para beneficiarse del mismo; por ello, se considerarán estándares internacionales vinculantes restrictivos al derecho de libertad de expresión.

En el Ecuador se limita el periodo electoral dentro del cual se puede realizar cierto tipo de publicidad y sujeta a varios parámetros tanto políticos como económicos. No obstante, si bien se han establecido regulaciones dentro de este periodo, no se atenta ni se prohíbe tajantemente el ejercicio de la libertad de expresión que puedan tener actores privados o ciudadanos en general. De esta manera, se busca brindar un control especial que regule la publicidad visual, auditiva y escrita de quien quiera promover su candidatura a través de estos medios.

Como se puede apreciar la libertad de expresión y su alcance dentro del periodo electoral debe constituir un factor principal en una sociedad democrática pues permite a los ciudadanos estar informados y poder formular criterios con respecto a los candidatos. Este es un derecho que no puede ser limitado sin una justificación legal, objetiva y necesaria que busque beneficiar a la sociedad en general.

1. La libertad de expresión en el Estado de Derecho.

El Estado dentro de una sociedad democrática debe constituirse como el principal garante de los Derechos de las personas. Precisamente, uno de los derechos más importantes a ser respetado es el de la libertad de expresión. A continuación, se analizará su origen y concepto. Cabe mencionar, que para lograr profundizar el análisis se debe indagar la perspectiva nacional e internacional. De esta forma se construirán conceptos teóricos importantes que nos ayudarán a puntualizar con posterioridad cómo se logra un ejercicio efectivo del derecho de libertad de expresión en época de campaña electoral.

La libertad de expresión constituye un derecho fundamental básico en la vida de los seres humanos en la actualidad ya que busca garantizar una existencia libre mediante la promoción de ideologías, criterios, pensamiento, opiniones e información. Muchas veces este derecho puede ser observado como una amenaza para el sistema. No obstante, se debe conocer que este derecho surge a partir de la concepción misma de los seres humanos. Por lo mismo, hablaremos de su origen desde el campo de los derechos humanos.

Los Derechos Humanos han sido reconocidos entre los seres humanos mucho antes de que existan normas que los protejan. Estos han sido inherentes a los individuos desde su nacimiento. Maritain sostuvo que

[S]e trata de establecer la existencia de derechos [...] inherentes al ser humano, anteriores y superiores a las legislaciones escritas y a los acuerdos entre los gobiernos, derechos que no le incumbe a la comunidad civil otorgar, sino el reconocer y sancionar como universalmente valederos, y que ninguna consideración de utilidad social podría, ni siquiera momentáneamente, abolir o autorizar su infracción.¹

En consecuencia, el hecho de que los derechos humanos sean inherentes no significa que siempre hayan sido observados y respetados en la sociedad. De hecho, los incidentes más atroces causados por el ser humano, que se han llevado a cabo, nos han demostrado que

¹MARITAIN, Jacques. *Acerca de la filosofía de los derechos del hombre*. Ed. Debate, Madrid, España, 1991, p. 116.

los Derechos Humanos pueden ser vulnerados dependiendo del ámbito cultural y del desarrollo social e histórico de cada sociedad. La formalización y positivización de los estos derechos surge a partir de la necesidad de la sociedad de regularizar y proteger ciertas garantías para que se constituyan en una fuente normativa de carácter vinculante frente a los Estados. Como se observa históricamente

El Derecho, en tanto que pauta [sic] de convivencia humana en la sociedad, no siempre reconoció la capacidad intrínseca de todo ser humano para la práctica y el disfrute de los derechos humanos. Ello no conduce a afirmar que no haya habido seres libres, hombres que expresaron sus ideas o que practicaron su culto, sino simplemente que tales derechos no existían para todos los hombres ni, en todos los casos eran derechos².

No obstante, una perspectiva mucho más integral y actualizada de los derechos humanos, con la que concuerdo, nos plantea que

[Son] aquellos que protegen la dignidad de la persona humana, y sus valores derivados Libertad e igualdad, a través de la efectiva y plena satisfacción de sus necesidades, tanto físicas, psíquicas como morales, y, que derivan en características y principios propios, de carácter general y normas jurídicas básicas de protección.³

Si bien los derechos humanos han existido mucho antes de la existencia de una declaración normativa éstos no siempre han sido de obligatorio cumplimiento. Son los Estados quienes han decidido brindarles reconocimiento, tanto en su normativa nacional como en la internacional. Estos derechos en la actualidad constituyen una fuente de garantías y principios que buscan otorgar a los ciudadanos protección a través del respeto a las libertades en general. La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas establece que

Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición [...]. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles. Los derechos humanos universales están a menudo contemplados en la ley y garantizados por ella, a través de los tratados, el derecho internacional consuetudinario, los principios generales y otras fuentes del derecho internacional. El derecho internacional de los derechos humanos establece las obligaciones que tienen los gobiernos de tomar medidas en determinadas situaciones, o de abstenerse de

² PINTO, Mónica. *Temas de Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997, p. 1.

³ WLASIC, Juan Carlos. *Manual Crítico de Derechos Humanos*. Fondo Editorial de Derecho y Economía: 2011, p.34

actuar de determinada forma en otras, a fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos o grupos⁴.

Dentro de un Estado de Derecho existen valores que deben ser protegidos a través de las leyes. Es por eso que las sociedades han tratado de establecer un cumplimiento obligatorio de ciertos derechos importantes situándolos en las normas y creando vías que sean mecanismos idóneos que lleven a la consecución y respeto del ejercicio de las libertades. En la actualidad el Estado debe ser el principal impulsor en el reconocimiento de las garantías instituidas dentro de la Constitución. Asimismo, es el Estado de Derecho el instituido para limitar de manera legítima los derechos otorgados.

En la medida en que el Estado liberal de Derechos ha evolucionado hacia formas de Estado social de Derecho, los derechos fundamentales han dinamizado su propia significación al añadir, a su función de garantía de las libertades existentes [...] Al propio tiempo los derechos fundamentales han dejado de ser meros límites al ejercicio del poder político, o sea, garantías negativas de los intereses individuales, para devenir un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos.⁵

Una de las estas libertades básicas que deben reconocer y garantizar los Estados con referencia a los derechos humanos es la libertad de expresión. En la actualidad, la libertad de expresión es un derecho fundamental muy importante que debe ser reconocido por las legislaciones tanto internas como por la normativa internacional. Esta ha generado dicha trascendencia dentro de la sociedad ya que es una herramienta que permite el ejercicio efectivo de otros derechos. El respeto de este derecho es de vital importancia dentro de un Estado Democrático pues

Representa la prolongación de la garantía individual de pensar, ejercicio sin el cual no es posible aventurar la posibilidad del desarrollo del hombre en la sociedad. La lucha por la libertad de expresión constituye una larga batalla contra el dogma, el autoritarismo y las inercias contra el cambio y la innovación. Más aún, puede afirmarse que la conquista revolucionaria de la libertad de expresión se enmarca en los procesos de transición entre el tradicionalismo y el ascenso de la modernidad que tiene lugar en Europa⁶.

⁴ Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos. *¿Qué son los derechos humanos?*
<http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatAreHumanRights.aspx> (acceso: 28/4/2012)

⁵ PÉREZ Luño, Antonio. *Los derechos fundamentales*. Tecnos: Madrid, 2011. p. 27

⁶ GÓMEZ Perlayo, Villanueva Ernesto. *Libertad de expresión y sus implicaciones legales*. Intiyan. Quito, 2010. p.18

En 1789 se realiza la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, texto principal utilizado dentro de la Revolución Francesa. En este, por primera vez se brinda un reconocimiento normativo del derecho a la libertad de expresión. Existen puntualmente dos artículos de este instrumento que consolidan a este derecho como tal. Textualmente los artículos expresan lo siguiente

Artículo 10.- Nadie debe ser incomodado por sus opiniones, inclusive religiosas, a condición de que su manifestación no perturbe el orden público establecido por la ley.

Artículo 11.- La libre comunicación de pensamientos y de opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; en consecuencia, todo ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, a trueque de responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley.⁷

Mediante la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano promulgada en Francia se busca brindar a los ciudadanos del Estado democrático la posibilidad de expresar y promulgar pensamientos, opiniones, ideas y creencias libremente. No obstante, al profundizar el análisis del Art. 11 se debe observar que al igual que cualquier otro derecho, este tiene un límite el cual será establecido por ley.

Paulatinamente, este derecho va tomando relevancia dentro de la sociedad y se establece un reconocimiento a nivel mundial que busca garantizar el ejercicio y la protección del mismo. Es así, que en el año de 1948 se expide la Declaración Universal de Derechos Humanos en la que se establece que

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

Si bien se tiende a pensar que las declaraciones en el ámbito del Derecho Internacional no son vinculantes ocurre algo peculiar con respecto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, puesto que

⁷ Declaración del Hombre y del Ciudadano (1798). Artículos 10,11.

[1]la declaración inicial no vinculaba de manera obligatoria a los Estados de la comunidad internacional. Sin embargo, a partir de ella se generan normas consuetudinarias y algunas de ellas posteriormente normas de *iuscogens*, con lo cual los Estados que no son parte de los Pactos de Naciones Unidas o de las Convenciones Regionales en materia de Derechos Humanos se convierten en sujetos obligados a cumplir la Declaración, ya que mediante la misma se cristalizaron normas consuetudinarias.⁸

La obligatoriedad de la Declaración fue reconocida por el Acta Final de la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos celebrada en Teherán en 1968, según la cual: “la Declaración enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional”⁹

Por lo mismo, estas, sí constituyen una fuente en Derechos Humanos la cual brinda lineamientos y pautas para que los Estados provean un mejor cumplimiento de estos derechos y garantías reconocidas en leyes nacionales. Es así que, son los ciudadanos los beneficiados cuando el Estado respeta lo que la norma manda. De igual forma, se debe reconocer que para que cualquier derecho funcione deben ser los ciudadanos quienes se verán obligados a respetar y a exigir el cumplimiento de los derechos que se instituyen dentro de la Constitución.

Con respeto a la libertad de expresión se debe reconocer que para su ejercicio y correcto desempeño se necesita de una sociedad civil exigente que busque promover el respeto y que tome acciones prácticas que resguarden su funcionamiento.

1.1. Perspectiva Constitucional acerca del derecho de Libertad de Expresión:

Dentro del ámbito nacional se debe observar la trayectoria de este derecho a partir del surgimiento de la nueva Constitución. Es así que luego de una inestabilidad política y gubernamental por la cual había atravesado el Ecuador es en el año 2008 cuando se aprueba

⁸ORTIZ, Loretta. Aportación De La Declaración Universal De Derechos Humanos Al Derecho.<http://www.uia.mx/uiainstitucional/dh/pdf/50a/derecho.pdf> (acceso 10/09/13)

⁹ O DONNELL, Daniel. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. Comisión Andina de Juristas, Fundación Friedrich Naumann, 1º Edición, Lima,1988,p.24

la actual Constitución del Ecuador. Esto se lo hizo a través del referéndum constitucional realizado el 28 de septiembre de 2008. La transformación, fue incorporar la noción de que el Ecuador constituía un Estado constitucional de derechos y justicia. A través este cambio se trató de destacar el hecho de que el Estado se encontraba en una posición de garante de los derechos de los ciudadanos. Asimismo, al mencionar en su primer artículo que el Ecuador es un Estado de derechos plantea la posibilidad de que todos los derechos establecidos dentro de la Constitución deberán ser respetados y reconocidos; abriendo una gran gama de posibilidades de interpretación.

Una de las innovaciones que presenta [...] [La] nueva Constitución es la clasificación de los derechos, que se aparta de la clasificación clásica que conocemos de derechos económicos, sociales y culturales (DESC) que se reemplaza por los derechos del “Buen Vivir”; los derechos civiles son ahora los “derechos de libertad”, los derechos colectivos por los “derechos de los pueblos”, los derechos políticos por los “derechos de participación”, los derechos del debido proceso por los “derechos de protección”; y los derechos de los grupos vulnerables por los derechos de las personas y los grupos de atención prioritaria. Esta nueva forma de clasificación que no solo es innovadora sino audaz, aporta a una comprensión más cotidiana y directa que permitirá a las personas identificar claramente el sentido esencial de cada derecho.¹⁰

Ahora, bien al haberse establecido una gran diversidad de derechos protegidos y al haberse brindado varias maneras de justiciar y titular estos derechos se ha transformado a la norma constitucional en una norma garantista. No obstante, si bien es un avance el reconocimiento de varios derechos, en la actual Constitución, no se puede negar que el problema se presenta al momento de interpretar la norma, puesto que al poseer tantos derechos amplios en la Constitución, los conceptos se tornan indefinidos e indeterminados. Esto causa que se pueda dar colisiones entre derechos dependiendo de la interpretación otorgada o que la norma sea tan amplia que quede solo en manos del juez la interpretación, lo que lo conllevaría la imposición de derechos antes que el cumplimiento de los mismos.

Al vivir en un Estado Constitucional como es el Ecuador se debe conocer que la jerarquía normativa sitúa a la Constitución por encima de las otras leyes y por encima de los

¹⁰ ARIAS, Tania. “Ecuador un Estado Constitucional de Derechos”. Entre voces, Revista del Grupo Democracia y Desarrollo Local (2008), p, 32.

tratados internacionales a menos que existan instrumentos internacionales que planteen el reconocimiento de derechos humanos más favorables que los contenidos en ella, es decir existe una suerte de garantía al pro homine. Dicho artículo es el 424 de la Constitución del Ecuador en donde se expone que

La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Por lo mismo, al explorar cualquier derecho deberemos contemplarlo a través de la normativa e interpretación constitucional. Es importante, entonces destacar que la libertad de expresión en el Ecuador debe ser analizada a la luz del concepto determinado dentro de la Constitución. Posteriormente, también se conocer la interpretación de lo que se ha dicho dentro de las cortes frente a este derecho. Se debe observar, también, que para realizar un análisis adecuado de los artículos que contemplan la libertad de expresión se debe considerar que este derecho involucra a otros que están estrechamente relacionados para que se dé un ejercicio adecuado del mismo.

Es por eso que desde una perspectiva constitucional se iniciará identificando el ejercicio de la libertad de expresión a partir del Art 16 en el cual se establece que

Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a:

1. Una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, en todos los ámbitos de la interacción social, por cualquier medio y forma, en su propia lengua y con sus propios símbolos.

Frente a artículo se plantea una perspectiva inclusiva y garantista de libertad de expresión ya que mediante este derecho se busca proteger el derecho de los ciudadanos a comunicarse libremente y de forma diversa para obtener una mayor vinculación mediática e informativa.

Asimismo, el derecho y protección a la libertad expresión a través del reconocimiento del derecho a la comunicación se encuentra también reconocido en el Art 17 inciso 2 en el cual se establece que

Art. 17.- El Estado fomentará la pluralidad y la diversidad en la comunicación, y al efecto:[...]

2. Facilitará la creación y el fortalecimiento de medios de comunicación públicos, privados y comunitarios, así como el acceso universal a las tecnologías de información y comunicación [...]

Dicho artículo plantea la obligación del Estado de promover la comunicación a través de medios privados como públicos con el fin de abrir las fronteras de información. Como se pudo observar con anterioridad existe un estrecho vínculo entre el derecho de la libertad de expresión y el derecho a la comunicación ejercido a través de distintos medios ya que ellos son la herramienta para transmitir las ideas.

En este sentido, el derecho a la libertad de expresión ampara, de una parte, el derecho a fundar o utilizar los medios de comunicación para ejercer la libertad de expresión y, de otra, el derecho de la sociedad a contar con medios de comunicación libre, independiente y plural que le permitan acceder a la mayor y más diversa información. En otras palabras, los medios de comunicación, y en especial los medios de comunicación audiovisual, desempeñan, una función esencial para garantizar la libertad de expresión de las personas, en tanto sirven para difundir los propios pensamientos e informaciones y, al mismo tiempo, permiten acceder a las ideas, informaciones, opiniones y manifestaciones culturales de otras personas.¹¹

Continuando con el análisis la Constitución también protege el derecho a la libertad de información mediante una amplia potestad otorgada al ciudadano para hacer uso adecuado del derecho a la libertad de expresión. Este, justamente se encuentra planteado en la Constitución de la siguiente forma

Art. 18.- Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a:

¹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos., *Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre incluyente.*

<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/Radiodifusion%20y%20libertad%20de%20expresion%20FINAL%20PORTADA.pdf> (acceso 28/03/2013)

1. Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior.

2. Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información.

Como se puede observar este artículo constitucional encuadra y restringe a la libertad de expresión ya que establece límites bastante indefinidos que podrían prestarse a distintas interpretaciones que conduzcan a sanciones si se expresan ciertas ideas. Asimismo, se podría argumentar que con estas restricciones se censura de antemano información de interés social. No obstante, es de opinión personal el pensar que dicha restricción estaría buscando un bien superior cuando plantea dicha limitación. Argumento esto ya que pienso que mediante dicho artículo se busca perseguir que la información que se difunda a través de los medios sea verificada y contextualizada para evitar conmoción y desinformación a nivel nacional. No obstante, el criterio de interpretación de dicho artículo deberá ser observado bajo la luz del criterio emitido por la Corte Constitucional quien es el principal organismo de interpretación de la ley. Con respecto al segundo inciso de este artículo, se debe reconocer la obligación que tiene el Estado de proveer información acerca de las funciones y del presupuesto que destina para la realización de obra pública lo cual tiene que ser información abierta a sus ciudadanos para que se garantice el correcto destinamiento de fondos públicos.

Consecuentemente, el Art 66 numeral 6 dentro de la Constitución plantea, reconoce y garantiza a las personas: “El derecho a opinar y a expresar sus pensamientos libremente y en todas sus formas y manifestaciones”. Esto quiere decir que la Constitución reconoce expresamente la libertad de emitir expresiones y pensamientos. Al respecto, se puede pensar que este derecho es inalienable por la manera en la que se lo reconoce y que por lo mismo la libertad de expresión no está sujeta a censura previa.

No obstante, al hacer un análisis de este artículo se puede pensar que inevitablemente podría causar una colisión entre derechos constitucionales dependiendo de cómo se lo aplique. Es decir, este derecho podría contraponerse a la aplicación del derecho al honor, al

buen nombre, a la intimidad personal y familiar. La solución se encontraría, sin embargo, en la interpretación que otorgue el máximo organismo de control constitucional es decir en las opiniones que pueda emitir la Corte Constitucional al respecto. Se debe recordar que quien está llamado a brindar dichos criterios jurídicos de ponderación de derechos es esta Corte.

1.2. Derecho de libertad de expresión dentro del periodo de campaña electoral

Se debe mencionar que presente trabajo de investigación está enfocado en establecer cuáles son las limitaciones legítimas que se deben plantear para regular el Derecho de la Libertad de Expresión dentro del Periodo de Campaña Electoral en el Ecuador.

Para ello, se debe tener una perspectiva global y general frente a la concepción de la época de campaña electoral y se debe comprender por qué es relevante que sus regulaciones sean establecidas de manera clara y concreta dentro del ordenamiento jurídico. Se debe tener en claro que la libertad de expresión

Constituye una parte vital del proceso político, pues el debate e intercambio de ideas le es consustancial, y está garantizado por los diversos instrumentos internacionales aprobados para asegurar el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales¹².

Al ser un derecho tan relevante dentro de nuestra sociedad debemos saber que posee ciertas particularidades cuando se lo utiliza dentro de un periodo electoral. Para ello, se debe conocer que nuestra sociedad ha considerado que el derecho a la libertad de expresión debe ser ejercido en épocas previas al periodo de voto debido a que observamos a las elecciones como una etapa determinante dentro de nuestros países. Esto se debe a que

Las elecciones constituyen una de las instituciones clave dentro de los sistemas políticos democráticos [ya que] son un indicador explícito y visible de la existencia de una democracia. Gracias a las elecciones los ciudadanos participan en la selección de los gobernantes y logran que sus intereses y preferencias sean representados, ya que eligen entre candidatos pertenecientes a distintos partidos políticos. Pero además, su carácter simbólico,

¹² CORREA, Carlos, GUANIMA, Moraima, CISNEROS Yubi y CAÑIZÁLES, Andrés. Libertad de expresión: *Una discusión sobre principios, límites e implicaciones*. El Nacional: Caracas, 2007. p. 17

público y el hecho de que todo ciudadano tiene la oportunidad y el derecho de participar hacen que las elecciones sean consideradas como la puerta principal a la democracia¹³.

El derecho a la libertad de expresión cobra especial relevancia, dentro de este periodo, cuando se entiende que será la herramienta que tienen los ciudadanos para realizar un tipo de control previo frente a la decisión de escoger a su representante político. No obstante, hay que ser conscientes de que esta herramienta también puede servir para ejercer un control político mediante el uso de los medios. Como se explica,

[U]na campaña electoral sirve como una herramienta de publicidad y como un instrumento de control. Es una herramienta de control de doble dirección: de los ciudadanos hacia los políticos y viceversa. Es un instrumento de publicidad que los políticos disponen para darse a conocer al público y éste, gracias a dicha publicidad opta por una de las opciones. La doble utilidad de las campañas se produce sobre un objeto preciso: la información que en ellas se produce. En el proceso de convencimiento hacia los votantes, las élites políticas necesitan algo que transmitir, y un contexto en el cual proveer esta información. Aquello que comunican en la información y el contexto en que la proveen es la campaña electoral. [...] Si los votantes son racionales, saben que la información que se utiliza responde a ciertos propósitos o intenciones¹⁴.

Para que la época de campaña electoral no se preste a abusos por parte de los actores políticos o por parte de los medios de comunicación deberán existir normas legales legítimas que regulen a este proceso. Como se menciona en el párrafo anterior el periodo electoral constituye un instrumento de control social que nos brindará beneficios en tanto los electores puedan analizar conscientemente lo que se les exponga.

1.3. Perspectiva del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre la libertad de expresión

Ahora bien, la libertad de expresión al ser un derecho trascendental en el ámbito de los derechos humanos ha llegado a tomar especial importancia dentro de la interpretación y uso que le brindan los organismos internacionales. Dentro del contexto americano se debe mencionar que una de las principales instancias internacionales que reconocen a la libertad

¹³ BARREDA, Mikel. LA DEMOCRACIA ESPAÑOLA: REALIDADES Y DESAFÍOS. Editorial UOC, 2006. P.23

¹⁴ MARTÍNEZ, Ferrán. *¿Por qué importan las campañas electorales?* Centro de Investigaciones sociológicas. Madrid, 2008. p. 26

de expresión como derecho fundamental es el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH).

Es así que mediante la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) se ha reconocido a este derecho dentro este ordenamiento normativo, el cual es de cumplimiento vinculante si es que los países han firmado y reiterado la Convención. El Ecuador, en particular, ratificó la CADH el 12 de agosto del 1977, reconociendo de esta manera el cumplimiento obligatorio que debe a dicho derecho. La definición de la libertad de expresión se encuentra contemplada en la Convención de esta manera

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión.

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

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

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

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

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

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

1.3.1. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Se debe conocer que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) es el organismo supremo de interpretación y emisión de opiniones consultivas

frente a temas de derechos humanos ejercidos en la región. Su función y competencia se encuentran detallados desde el Art. 61 hasta el Art. 65 dentro de la CADH Este organismo judicial internacional brinda jurisprudencia y opiniones que son vinculantes para los países que han ratificado la CADH. Como se explica

[...] Es una institución judicial autónoma de la Organización de los Estados Americanos cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros tratados concernientes al mismo asunto, fue establecida en 1979¹⁵.

Ahora bien, con respecto a este derecho en específico la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expuesto por medio de una opinión consultiva que:

[L]a libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública y para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Es por eso que, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada, no es plenamente libre. La libertad de expresión es por lo tanto no sólo un derecho de los individuos sino de la sociedad misma¹⁶.

Desde esta perspectiva se observa la estrecha relación que existe entre el ejercicio de la libertad de expresión y la consecución de una verdadera democracia. Esto ocurre debido a que en una sociedad democrática el expresarse de una forma libre a través de opiniones y pensamientos otorga una especie de garantía a los ciudadanos para revelar inconformidades con el sistema. Asimismo, permite que se produzca información que busque el control de los otros poderes estatales a través de los medios de comunicación. La libertad de expresión brinda poder a los individuos de un Estado para producir y recibir información, mensajes y opiniones.

Se debe conocer, también, que la Corte IDH en distintas sentencias expuestas ha demostrado su opinión frente al derecho de la libertad de expresión, reconocido en el Art 13

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. [http://www.corteidh.or.cr/\(acceso23/09/13\)](http://www.corteidh.or.cr/(acceso23/09/13))

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos . La Colegiación Obligatoria de Periodistas. Opinión Consultiva OC-5/85 Serie A, del 13 de noviembre de 1985. 5, párr. 70.

de la CADH¹⁷. Según la interpretación de la Corte dicho derecho debe ser observado desde dos aristas; siendo la primera su dimensión individual y la segunda su dimensión social.

A lo que se refiere específicamente la Corte IDH acerca de la dimensión individual del derecho de libertad de expresión es que

[L]a libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios.¹⁸

Es decir, el derecho individual de cada persona frente a la libertad de expresión no solamente abarca el poder escribir y hablar expresando lo que se siente, sino también el poder difundir ideas, pensamiento y opiniones a través del medio de comunicación que se crea adecuado para hacerlo. Por el otro lado, la segunda arista del derecho de la libertad de expresión es la dimensión social. La Corte IDH explica que la dimensión social se refiera a que

La libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todos a conocer opiniones, relatos y noticias vertidas por terceros. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia¹⁹.

Esto significa que la libertad de expresión debe buscar abarcar el entorno en donde un individuo se desenvuelve. El objetivo es que las personas tengan el derecho de estar

¹⁷ Corte Americana de Derechos Humanos, Caso La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros vs. Chile), Sentencia del 5 de febrero de 2001; Caso Ivcher Bronstein, Sentencia del 6 de febrero de 2001; Caso Herrera Ulloa, Sentencia del 2 de julio de 2004; Caso Ricardo Canese, Sentencia del 14 de septiembre de 2004; Caso Palamara Iribarne, Sentencia del 22 de noviembre de 2005; Caso Claude Reyes, Sentencia del 19 de septiembre de 2006; Caso Kimel, Sentencia del 2 de mayo de 2008; Caso Tristán-Donoso, Sentencia del 27 de enero de 2009; Caso Ríos y otros, Sentencia del 28 de enero de 2009; Caso Perozo y otros, Sentencia del 28 de enero de 2009.

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ivcher Bronstein Óp.cit.*, párr. 147; “*La Última Tentación de Cristo*” (Olmedo Bustos y otros); y *La Colegiación Obligatoria de Periodistas Óp.cit.*, párr. 31.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ivcher Bronstein. Óp.cit.*, párr. 148; *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros)*; y *La Colegiación Obligatoria de Periodistas, Óp.cit.*, párr. 32.

expuestas a distintas opiniones e información producidas por agentes externos para que se construya un criterio formado, más objetivo y libre.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también se ha pronunciado con respecto al tema de coartar la libertad de expresión y restringirla. Ha establecido que

Sin una efectiva garantía de la libertad de expresión, se debilita el sistema democrático y sufren quebranto el pluralismo y la tolerancia; los mecanismos de control y denuncia ciudadana pueden volverse inoperantes y, en definitiva, se crea un campo fértil para que arraiguen sistemas autoritarios²⁰.

Según el planteamiento emitido por la Corte, la libertad de expresión constituye una garantía misma del resguardo a las libertades dentro de un Estado de Derecho y a la tolerancia de las ideas de sus ciudadanos. Creo que este derecho, tiene como fin último buscar informar a los individuos de un Estado ya que el conocimiento brinda poder y libertad a las personas. Si bien se puede pensar que la libertad de expresión se presta a arbitrariedades, ya que se la puede utilizar en forma desfavorable, irrespetando a ciertas personas dentro de la sociedad o manipulando la información, se debe conocer que este no es un verdadero ejercicio de la libertad de expresión, al contrario esto constituye un abuso a la misma.

Asimismo, se puede argumentar que detrás de este derecho se encuentran resguardados poderes privados que buscan mantener el control a través de la difusión de información inexacta y tergiversada, esto con el fin de resguardar intereses particulares; no obstante, esta también es una mala interpretación del derecho a la libertad de expresión ya que esta no fue constituida con el fin de manipular sino con el fin de ayudar a los ciudadanos.

Es precisamente por esto que se debe reconocer que este derecho no solo está establecido para la protección de medios de comunicación solamente sino para el uso y

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos . *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros)Vs. Chile. Óp.cit., párr. 69.*

beneficio de los ciudadanos. Por lo tanto, es imprescindible reconocer, garantizar y regular este derecho dentro de una normativa internacional y vinculante, la cual deberá ser interpretada por los organismos jurídicos adecuados. De esta forma, se evita que surjan abusos por parte del Estado y de los medios de comunicación con respecto al ejercicio de este derecho.

Se debe recordar que el fin primordial de los derechos humanos es proteger los intereses de los ciudadanos mediante garantías legalmente reconocidas y reiterar la posición de que todo derecho tiene sus limitantes legales, las cuales no podrán ser manipulada al antojo de ningún interés particular ni estatal.

No obstante, si bien la Corte Interamericana ha establecido criterios bastante proteccionistas frente a libre ejercicio de la libertad de expresión por parte de los ciudadanos es interesante observar que en una reciente sentencia emitida expuso que

[l]a libertad de expresión no es un derecho absoluto”, que “[d]icha libertad puede estar sujeta a condiciones o inclusive limitaciones ²¹, en particular cuando interfiere con otros derechos garantizados por la Convención”²² y, en otro fallo, ha expresado que “[e]stas limitaciones tienen carácter excepcional y no deben impedir, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa ²³

Lo que resulto ser polémico de esta sentencia es que la Corte no condenó la sentencia privativa de libertad contra los Sres. Mémoli establecida por la Corte Argentina por no considerarla un asunto de “interés público”. La sentencia establece lo siguiente:

A efectos de la protección de la libertad de expresión, la Corte ha considerado de interés público aquellas opiniones o informaciones sobre asuntos en los cuales la sociedad tiene un

²¹ Corte IDH. Caso Mémoli vs. Argentina. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Agosto de 2013, párr 123, La Colegiación Obligatoria de Periodistas

(arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 36, y Caso Fontevecchia y D`Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 43.

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Mémoli vs. Argentina. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Agosto de 2013, párr 123

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Mémoli vs. Argentina. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. *Óp.cit.*, párr 123, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. *Óp.cit.*, . Serie C No. 107, párr. 120, y Caso Fontevecchia y D`Amico Vs. Argentina, párr. 43.

legítimo interés de mantenerse informada, de conocer lo que incide sobre el funcionamiento del Estado, o afecta derechos o intereses generales o le acarrea consecuencias importantes²⁴. A diferencia de otros casos resueltos por esta Corte, en el presente caso las expresiones por las cuales fueron condenados los señores Mémoli no involucraban a funcionarios o figuras públicas²⁵ ni versaban sobre el funcionamiento de las instituciones del Estado²⁶. Por el contrario, este Tribunal nota que las denuncias y expresiones por las cuales fueron condenados los señores Mémoli se habrían producido en el contexto de un conflicto entre personas particulares sobre asuntos que, eventualmente, solo afectarían a los miembros de una Asociación Mutual de carácter privado, sin que conste que el contenido de dicha información tuviera una relevancia o impacto tal como para trascender a la sola Asociación y ser de notorio interés para el resto de la población²⁷[...] La Corte concluye que el establecimiento de responsabilidades ulteriores a los señores Mémoli por el ejercicio de su libertad de expresión estaba previsto en la ley, obedecía un objetivo permitido por la Convención y no resulta manifiestamente desmedido o desproporcional, dada las circunstancias del presente caso y el análisis realizado por las autoridades judiciales internas²⁸.

Se debe tomar en consideración que la Jurisprudencia de la Corte IDH está en constante evolución. Como se observa el Tribunal no consideró que las penas privativas de libertad impuestas en este caso hayan contravenido a la CADH. Asimismo, dejó sentado un precedente con respecto de las consideraciones del interés público frente al ejercicio de la libertad de expresión.

1.3.2. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Dentro de los organismos que conforman la Organización de Estados Americanos se encuentra establecida la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Sus principales funciones son: El acoger peticiones individuales frente violaciones de derechos humanos, realizar control y monitoreo mediante recomendaciones e informes a los países miembros

²⁴Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tristán Donoso Vs. Panamá párr. 51,y Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina, , párr. 61

²⁵Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, *Óp.cit* párr. 131; Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. *Óp.cit* ,párrs. 91 a 94 y 97;Caso Kimel Vs. Argentina, *Óp.cit* párr. 51; Caso Tristán Donoso Vs. Panamá, *Óp.cit* párr. 121, y Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina , *Óp.cit* párr. 63.

²⁶Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Claude Reyes Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No 151, párr. 73

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Mémoli vs. Argentina. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. *Óp.cit* parr 146.

²⁸*Id.*,parr 149.

frente al cumplimiento de los derechos humanos y finalmente vigilar temas prioritarios establecidos en la región dentro del campo de las relatorías.²⁹ Se debe conocer que la CIDH

[e]stá integrada por siete miembros independientes que se desempeñan en forma personal y tiene su sede en Washington, D.C. Fue creada por la OEA en 1959 y, en forma conjunta con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), instalada en 1979, es una institución del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos (SIDH).³⁰

De igual forma es importante reconocer que la CIDH es el principal organismo en materia de Derechos Humanos dentro de la Organización de Estados Americanos según se establece en el Art 106 de la Carta de la OEA en donde se expone que

Habrà una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia.

Una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia.

Es trascendental observar la importancia que ha cobrado el tema de la libertad de expresión. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos perteneciente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos en 1997 creó una Relatoría Especial para defender y promover a este derecho específicamente, como se argumenta más adelante. Uno de los objetivos principales que cumple la relatoría especial de la libertad de expresión es fortalecer y desarrollar un trabajo específico en temas de importante interés dentro del contexto americano.

La Relatoría Especial fue creada para promover la conciencia por el pleno respeto del derecho a la libertad de expresión e información en el hemisferio, en consideración al papel fundamental que este derecho tiene en el fortalecimiento y desarrollo del sistema democrático y en la denuncia y protección de los demás derechos humanos.[...] La Relatoría Especial ha contado con el respaldo de las organizaciones de la sociedad civil, los medios de comunicación, los periodistas y, principalmente, las personas que han sido víctimas de violaciones a su derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Ellos, a su vez, han visto

²⁹ Convención Americana de Derechos Humanos (1969). Artículo 41 – 47.

³⁰ Organización de los Estados Americanos, *¿Qué es la CIDH?* <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp> (acceso 10/03/13)

en esta Oficina un apoyo importante para el restablecimiento de las garantías necesarias para el ejercicio de sus derechos o para asegurar las justas reparaciones que amerite su situación.³¹

Uno de los principales logros que se ha obtenido a través del paso de los años frente al reconocimiento de este derecho es precisamente la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, establecida por la Comisión de Derechos Humanos en la cual se amplía el reconocimiento de dicho derecho³². Asimismo, esta declaración le sirve a la Relatoría como pauta para realizar las observaciones con respecto al cumplimiento del derecho en los países miembros. Al ser una declaración, los Estados no pueden observar a este instrumento jurídico con carácter de vinculante; sin embargo, les sirva para la implementación de medidas que garanticen el cumplimiento de este derecho.

Dentro de la Declaración se establecen distintas maneras de garantizar la libertad de expresión. De hecho, en esta declaración se da especial importancia a este derecho por ser necesario para el desarrollo y protección de los derechos humanos. De igual forma, en la declaración, se reconoce a la libertad de prensa como un medio fundamental para la realización de un ejercicio efectivo de la libertad de expresión, lo cual abre el camino a una democracia representativa como bien explica el preámbulo de dicha declaración. También se reconocen distintos tipos de derechos que garantizan el correcto funcionamiento de la libertad de expresión es por eso que se reconocen el derecho de recibir, difundir y buscar información.³³

Otra de las funciones que desempeña la Relatoría Especial es analizar y evaluar las peticiones de casos individuales junto con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, preparara informes especiales que buscan promover la práctica de este derecho en la región.

De igual forma, se encarga de realizar recomendaciones frente a la aplicación de medidas cautelares en caso de ser necesario. Estas deben cumplir con ciertas características para ser aplicadas. Como bien se explica en el Art 25 del Reglamento de la Comisión existen 3 requisitos básicos para la concesión de medidas cautelares y estos son: gravedad, urgencia

³¹ Organización de los Estados Americanos. *Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*. <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/index.asp> (acceso 01/02/13)

³² Comisión Americana de Derechos Humanos. *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión (2000)*.

³³ Comisión Americana de Derechos Humanos. *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión (2000)*. Principio 2, 5, 10.

y evitar daños irreparables a las personas. Dentro del contexto nacional, en el año 2012, se otorgaron medidas cautelares en beneficio y protección de la libertad de expresión.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) emitió [...]medidas cautelares para los directivos de EL UNIVERSO, Carlos, César y Nicolás Pérez y para el ex editor de Opinión, Emilio Palacio. Además solicitó al Gobierno la suspensión de la sentencia ratificada por la Corte Nacional de Justicia en una audiencia de casación el jueves pasado. Los hechos denunciados a la Comisión podrían constituir daños irreparables al derecho de libertad de expresión [...].Esta sentencia ordenaba tres años de prisión para los directivos y el pago de una indemnización de 40 millones de dólares al presidente Rafael Correa, quien presentó una demanda por supuestas injurias tras la publicación del artículo de opinión ‘No a las mentiras’, de autoría de Palacio.³⁴

Recientemente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también brindó medidas cautelares dentro de otro caso en el que se alerta al Ecuador del abuso de las limitaciones legítimas al derecho de libertad de expresión. Como se expone

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha resuelto[...]conceder medidas cautelares a favor del asambleísta de Pachakutik Cléver Jiménez, a su ex asesor Fernando Villavicencio y al dirigente gremial Carlos Figueroa, sentenciados los tres por injurias al presidente Rafael Correa. La CIDH considera que la imposición de la condena penal privativa de la libertad en el presente asunto genera un grave riesgo de daño irreparable a la libertad de expresión y del derecho de petición en sus dos dimensiones. La Comisión, establece, adicionalmente, que la ejecución de esta decisión no solo tendría un efecto intimidatorio, respecto de los propuestos beneficiarios, sino respecto de sus pares (periodistas y legisladores), así como de todas las personas que pretendan denunciar a funcionarios públicos ante las autoridades competentes³⁵.

Como se expone en el caso anterior se ha brindado una especial atención y protección a este derecho por constituir una garantía para que los ciudadanos puedan ejercer otro tipo de derechos que se encuentran estrechamente relacionados a la libertad de expresión.

Este sistema de protección al derecho de la libertad de expresión a través de la Comisión mediante su relatoría hace poco corrió peligro de ser modificado y debilitado. A

³⁴ El Universo. *CIDH emitió medidas cautelares para directivos de diario*.<http://www.eluniverso.com/2012/02/22/1/1355/sala-tiene-hasta-hoy-notificar-fallo-contra-diario.html> (acceso 22/02/2012).

³⁵ La República. *CIDH da medidas cautelares a Jiménez, Villavicencio y Figueroa*.<http://www.larepublica.ec/blog/politica/2014/03/24/cidh-medidas-cautelares-clever-jimenez-villavicencio-figueroa/>. (acceso 17/04/2014)

pesar de todos los avances y recomendaciones que ha producido la relatoría especial de la libertad de expresión, en la región, actualmente ciertos Estados miembros de la OEA han buscado reformar el sistema de asignación de presupuestos, sin éxito aparente. Lo que se pretendía era dejara sin fondos a la relatoría especial. Cesar Gaviria, ex presidente de Colombia y ex Secretario General de la Organización de Estados Americanos expuso que

Las reformas que se impulsan actualmente cercenarían gravemente la autonomía que ha sido clave para el éxito de la Comisión Interamericana. Por ejemplo, una de las propuestas limitaría el financiamiento de la comisión impidiendo que obtenga fondos de fuentes externas a la región. [...] Esta medida tendría un efecto devastador, especialmente para la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, que durante años ha encabezado la lucha por la libertad de prensa en la región, y se ha opuesto constantemente a aquellos gobiernos que no creen en la libre expresión. La Relatoría podría perder prácticamente la totalidad de su financiamiento, lo cual haría más fácil para los gobiernos procesar penalmente a sus críticos, aplicar la censura y cerrar medios independientes. [En muchas] ocasiones estas democracias han ido contra la libertad de expresión y otros derechos fundamentales. El sistema interamericano de derechos humanos es el mecanismo más idóneo con que contamos actualmente para asegurar que los gobiernos de las Américas efectivamente protejan estos derechos y libertades públicas.³⁶

Como se observa, el hecho de que los Estados hayan tenido en mente realizar dichas reformas nos muestra la vulnerabilidad de este derecho dentro de nuestra región. Si bien, dichos cambios no fueron aprobados³⁷, se observa que dentro de algunos países, incluyendo al Ecuador, existe cierta reticencia en cuanto a la protección y a un cumplimiento amplio del derecho de la libertad de expresión a través de una relatoría especial. Dichos países cuestionan al financiamiento externo que tiene la Relatoría y a la concesión de varios privilegios de esta, en comparación con otras. Si bien, se puede pensar que algunas de estas posiciones son lógicas no se puede dejar de lado que esta oposición podría estar ocurriendo debido a que una forma de debilitar a los gobiernos es a través de transmisión de información en los medios de comunicación. Lo cierto es que a veces a los gobiernos no les conviene la promoción de la libertad de expresión ya que mediante ella se puede exponer actos ilegítimos o autoritarios estatales. Lo que se debe tener presente, sin embargo, es que

³⁶ Diario El Hoy. Gaviria, Cesar. *Amordazado un campeón de la Libertad de Expresión*. <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/amordazado-un-campeon-de-la-libertad-de-expresion-576898.html>(acceso 21/03/2013)

³⁷ Organización de los Estados Americanos. AG/RES. 1 (XLIV-E/13). *Resultado del proceso de reflexión sobre el funcionamiento de la comisión interamericana de derechos humanos para el fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos*. http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-115/13 (acceso 22/03/13)

La protección especial de que es objeto esta libertad no está dictada en beneficio de los periodistas y comunicadores en general sino de la misma democracia; porque la formación de la opinión pública, que se alcanza con la libertad de expresión y de prensa, es una función constitucional, que forma parte del sistema de pesos y contrapesos de la democracia.³⁸

³⁸GUI Mori, Tomas. , TOMÁS, Sentencia 176/95 del 11 de diciembre. *Jurisprudencia constitucional 1981-1995*, Madrid, Civitas, 1997.

2. Restricciones legítimas a la libertad de expresión

Dentro del presente trabajo investigativo se debe mencionar que las libertades de los seres humanos tienen sus limitantes. Por lo mismo, se tratará de englobar cuáles son las restricciones legítimas al derecho de libertad de expresión de las personas en general. Se debe considerar que para ello existen parámetros jurídicos tanto nacionales como internacionales. Asimismo, la doctrina nos guiará para observar cuáles son los criterios que pueden utilizar los Estados y en especial el Ecuador frente a la limitación de este derecho.

Si bien se puede pensar que la libertad de expresión no debería contener ninguna limitación, se debe comprender que al ser un derecho fundamental debe sujetarse a restricciones legítimas que ayuden a la sociedad a evitar arbitrariedades. Dentro de la vida diaria pueden existir circunstancias o contingencias que necesiten establecer ciertos límites para que el uso del derecho no se transforme en abuso del mismo. Asimismo, los asuntos políticos y culturales dentro de los países han hecho que los derechos fundamentales no posean el carácter de absolutos. De hecho, no se puede dejar de lado que

Además de las dificultades jurídico-políticas, la tutela de los derechos humanos se enfrenta con dificultades inherentes al propio contenido de estos derechos. El consenso general sobre ellos induce a creer que tienen un valor absoluto; por otro lado, la expresión genérica y única “derechos humanos” hace pensar en una categoría homogénea. Y en cambio los derechos humanos no son en su mayor parte absolutos ni constituyen en absoluto una categoría homogénea.³⁹

Es de trascendental importancia conocer que si bien los derechos y las libertades necesitan estar restringidos, en casos de que existan abusos, estas limitaciones también necesitan estar reguladas expresamente dentro de instrumentos internacionales ya que se las puede utilizar para coartar e impedir arbitrariamente el uso de dichas libertades. La Corte IDH ha brindado, dentro de la Opinión Consultiva 6/86, ciertos parámetros para que se pueda limitar legítimamente dichas libertades. Es así que ha establecido que:

³⁹ FERRERO, Raúl. *Derechos Constitucional General*. Lima: Fondo Editorial, 2004, pp. 368.

[E]l artículo 30 en concordancia con otros en que la Convención autoriza la imposición de limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades, se observa que exige para establecerlas el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones:

a. Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida;

b. Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a razones de interés general y no se aparten del propósito para el cual han sido establecidas. Este criterio teleológico, cuyo análisis no ha sido requerido en la presente consulta, establece un control por desviación de poder; y

c. Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas⁴⁰.

Como se expone, la libertad de expresión podrá ser restringida siempre y cuando brinde un beneficio al interés general, sea plasmada en una ley y esté acorde con el derecho internacional correspondiente. De hecho, es imprescindible que dentro de la normativa nacional constitucional se incorporen las regulaciones pues esto impediría que se den interpretaciones amplias y subjetivas de este derecho, por parte de los jueces quienes deberán hacer el control constitucional correspondiente. Como se explica a continuación dentro de una sentencia emitida por la Corte Constitucional de Colombia los límites impuestos a la libertad de expresión son necesarios ya que este derecho no puede ser ejercido de una manera absoluta ni abusiva

El carácter preferente de las libertades de expresión, información y de prensa no significa, sin embargo, que estos derechos sean absolutos y carezcan de límites. Así, no sólo no existen en general derechos absolutos sino que, en particular, la libertad de expresión puede colisionar con otros derechos y valores constitucionales, por lo cual, los tratados de derechos humanos y la Constitución establecen que ciertas restricciones a esta libertad, son legítimas. Así, conforme a los artículos 13 de la Convención Interamericana y 19 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, este derecho puede ser limitado para asegurar (i) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o para (ii) la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas. Por ello, esta Corporación ha también admitido, en numerosas decisiones, ciertas restricciones a la libertad de expresión a fin de proteger y asegurar, en ciertos casos concretos, otros bienes constitucionales, como el orden público o los derechos a la intimidad o al buen nombre.⁴¹

⁴⁰Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-06/86, parr. 18.

⁴¹ Corte Constitucional de Colombia. Ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero. Sentencia C-010-00. 19 de Enero de 2000

Como se observa dentro del desarrollo de la Jurisprudencia internacional se puede destacar que este derecho podrá ser limitado por los Estados siempre y cuando existan razones democráticas suficientemente válidas que busquen proteger otros derechos que eventualmente podrían colisionar con los de la libertad de expresión.

De igual manera, no se puede dejar de desconocer que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado un análisis jurisprudencial en los que se exponen ciertas limitantes concretas las cuales serán establecidas dentro del test tripartito explicado con posterioridad.

2.1. Responsabilidad ulterior y prohibición a la censura previa

Una de las formas más comunes que han encontrado los Estados para limitar la libertad de expresión, a través de medios legítimos, es el establecimiento de responsabilidad ulterior. Esta consiste en imponer sanciones posteriores en caso de que ocurran abusos ilegítimos frente a este derecho.

Con respecto a responsabilidad que conlleva el ejercer la libertad de expresión el Art 13 numeral 2 de la CADH ha establecido que:

2. El ejercicio del derecho [...] no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
 - a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
 - b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Como se observa, dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se considera que existen limitaciones al ejercicio de la libertad de expresión; sin embargo, estas no podrán estar restringidas previamente; es decir, no se contempla a la censura previa como opción. De igual forma, al analizar dicho artículo se puede afirmar que las limitaciones a la libertad de expresión están reguladas con el fin de proteger la reputación y el bien común en general.

La CIDH dentro de uno de sus informes ha aseverado que

La Convención permite la imposición de restricciones sobre el derecho de libertad de expresión con el fin de proteger a la comunidad de ciertas manifestaciones ofensivas y para prevenir el ejercicio abusivo de ese derecho. El artículo 13 autoriza algunas restricciones al ejercicio de este derecho, y estipula los límites permisibles y los requisitos necesarios para poner en práctica estas limitaciones. El principio estipulado en ese artículo es claro en el sentido de que la censura previa es incompatible con el pleno goce de los derechos protegidos por el mismo [...]. La única restricción autorizada por el artículo 13 es la imposición de responsabilidad ulterior. Además, cualquier acción de este tipo debe estar establecida previamente por la ley y sólo puede imponerse en la medida necesaria para asegurar: a) el respeto de los derechos o la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.⁴²

Esto significa que la respuesta al abuso de la libertad de expresión debe estar acorde con las restricciones que se establecerán mediante la responsabilidad ulterior es decir mediante un mecanismo posterior de sanción. Por lo mismo, se debe comprender que la libertad de expresión no es un derecho absoluto ya que su abuso estará sujeto al control responsabilidad ulterior.

No obstante, esta siempre deberá estar contemplada en una ley y dicha sanción deberá ser aplicada siempre y cuando no existan otros medios menos coercitivos para resarcir el daño causado; de igual forma, se debe prever que las sanciones aplicables no sean desproporcionales a la acción cometida. Dentro de una opinión consultiva importante respecto a la libertad de expresión la Corte IDH, basada en un caso europeo tratado por la Comisión Europea de Derechos Humanos, planteó que

[L]a “necesidad” y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2 de la Convención Americana, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la

⁴²Comisión Interamericana de Derechos Humanos Informe 11/96, caso No 11.230, 3 de mayo de 1996, Francisco Martorell vs. Chile en Informe Anual de la CIDH 1996.

necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo⁴³.

Se debe conocer, también, que la responsabilidad causada frente a un abuso este derecho no se enfoca simplemente en la imposición de sanciones a los ciudadanos comunes y a los medios de comunicación ya que el Estado también estará sujeto al respeto obligatorio de este derecho. De hecho, el Estado debe ser el garante principal frente al respeto de la libertad de expresión. Es así que dentro de un pronunciamiento del Comité de Derechos Humanos se estableció que:

La obligación de respetar las libertades de opinión y expresión es vinculante en su conjunto para todos y cada uno de los Estados partes. Todos los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) y otras autoridades públicas o de gobierno, cualquiera que sea su nivel (nacional, regional o local), pueden dar lugar a la responsabilidad del Estado parte⁴⁴. El Estado parte también puede incurrir en esa responsabilidad en determinadas circunstancias respecto de actos realizados por entidades semiestatales⁴⁵. En cumplimiento de esta obligación, los Estados partes deben cerciorarse de que las personas estén protegidas de los actos de particulares o de entidades privadas que obsten al disfrute de las libertades de opinión y expresión en la medida en que esos derechos del Pacto sean susceptibles de aplicación entre particulares o entidades privadas⁴⁶.

Particularmente, considero que el respeto a la libertad de expresión debe ser ejercido tanto desde la ciudadanía como desde las entidades estatales, quienes por cierto podrían ser más proclives a cometer abusos de este tipo. Se debe entender, que la manipulación y abuso de este derecho trae consecuencias graves como la desinformación, la conmoción social, la vulneración de la reputación de las personas, etc. Como se observa, el abuso de este derecho puede causar transgresiones a otros derechos fundamentales que también deben estar protegidos dentro de la legislación. El camino más lógico para su protección es la

⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 5/85. *Óp.cit.*, párr. 46

⁴⁴Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos .Observación general N° 31 del 2004. párr. 4.

⁴⁵ Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Emitido a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo. Hertzberg y otros c. Finlandia. N° 61/1979 aprobado el 2 de abril de 1982,

⁴⁶Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos .Observación general N° 31, *Óp.cit.*, párr. 8.

imposición de responsabilidad ulterior ya que si se opta por la censura previa se concede un poder inaudito al Estado quien será el encargado de restringir todo mensaje que desde su óptica vulnere este derecho.

Si bien se puede observar a las responsabilidades ulteriores como una salida adecuada en caso de la existencia de un abuso al derecho de la libertad de expresión se debe tomar en cuenta que dichas responsabilidades sean proporcionales, legítimas y como se mencionó con anterioridad necesarias. Este análisis podría ser hecho bajo el test tripartito que será explicado con posterioridad. No obstante, algunos criterios dentro el SIDH ha mencionado ciertas características que deberá poseer la responsabilidad ulterior en caso de ser aplicada.

Las leyes que establezcan responsabilidades ulteriores han de ser las suficientemente explícitas para garantizar a los individuos un margen de certeza respecto de las posibles responsabilidades de sus expresiones⁴⁷. El criterio de necesidad ha de interpretarse en el marco de una sociedad democrática⁴⁸, que requiere y se nutre de un debate amplio de ideas y opiniones. Por lo tanto, dichas responsabilidades deben establecerse cuando no sea posible proteger el derecho legítimo a la reputación por medio de otro mecanismo menos restrictivo y tomando en cuenta un criterio de proporcionalidad⁴⁹.

Al analizar lo anteriormente mencionado debemos observar que la responsabilidad ulterior a pesar de que sea considerada dentro de los ordenamientos jurídicos como una alternativa viable debe poseer características legítimas y acordes a los principios democráticos. Solo de esta manera se puede asegurar que la sociedad no cometa arbitrariedades en caso de la aplicación de este tipo de responsabilidades.

Ahora bien, dentro del Art 13 de la CADH se ha expuesto que la única excepción establecida para aceptar la censura previa será la impuesta dentro de los espectáculos públicos [...] con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia. Lo cual significa que la censura previa solo podrá ser impuesta si se cumple con el precepto antes establecido.

⁴⁷ Artículo 19. *Principios sobre Libertad de Expresión y Protección de la Reputación*. Londres. www.article19.org. (acceso 29/07/00)

⁴⁸ Corte Interamericana Derechos Humanos. La Colegiación Obligatoria de Periodistas. *Óp.cit.*, Parr. 46, Corte Europea de Derechos Humanos, Caso The Sunday Times c. Gran Bretaña, 26 de abril de 1979. Serie A. No. 30 parr. 59

⁴⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial sobre la Libertad de Expresión. Informe Anual Desacato y Difamación Criminal, 2004, parr 7 y 8.

Al respecto se ha mencionado que

La prohibición de la censura previa, con la excepción consignada en el párrafo 4 del Artículo 13, es absoluta y exclusiva de la Convención Americana, por cuanto ni la Convención Europea ni la Convención sobre Derechos Civiles y Políticos contienen disposiciones similares. El hecho de que no se estipulen otras excepciones a esta disposición, indica la importancia que los autores de la Convención asignaron a la necesidad de expresar y recibir cualquier clase de información, pensamientos, opiniones e ideas⁵⁰.

El hecho de que se establezca a la prohibición de censura previa una limitante excepcional significa que la restricción no podrá ser interpretada por los Estados que se sujetan a la CADH para imponer sus propias excepciones violatorias, ya que estos al haber ratificado la Convención deberán subsumirse a lo que expone taxativamente.

2.2. Limitaciones legales expresas en instrumentos nacionales e internacionales

Las responsabilidades ulteriores deben estar expresamente fijadas por la ley, como de hecho lo están en el Art 13 de la CADH y en distintos artículos de la Constitución del Ecuador, como lo analizaremos con posterioridad, con esto se busca lograr que se establezcan específicamente los presupuestos que constituyan un abuso a la libertad de expresión. Lo que se consigue, es individualizar taxativamente las violaciones de este derecho para que no esté sujeto a interpretaciones que puedan llevar a un abuso desmedido de sanciones por los administradores de justicia.

2.2.1. Constitución del Ecuador

Dentro del ámbito nacional se observa que nuestra Constitución establece ciertos límites al ejercicio de la libertad de expresión. Por ejemplo, en el Art 18 se destaca que

Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a:

⁵⁰Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso 11.230, Informe N° 11/96, Chile, Francisco Martorell, *Óp.cit.*, párr. 56.

1. Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior.

Como se puede observar dentro de nuestra Constitución se establece que la información producida mediante el ejercicio de la libertad de expresión no estará sujeta a censura previa pero sí a responsabilidades ulteriores; esto, concuerda con la concepción y limitantes que expone el derecho y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Por lo mismo, no se podrá alegar que en ciertos contextos se debería aplicar la censura previa pues estaría contraviniendo a la Constitución. No obstante, la única excepción por censura previa podrá ser la expuesta dentro del Art 13 numeral 5 de la CADH, el cuál será analizado con posterioridad.

Continuando con el análisis de la Constitución se puede observar que al explorar a profundidad esta norma se establece a la veracidad como parámetro para exponer información. Es decir, la veracidad se convierte en un condicionante para el ejercicio de la libertad de expresión. Sin embargo, debemos recordar que la Declaración de Principios sobre la libertad de Expresión dentro de su principio número 7 expone claramente que Condicionamientos previos, tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad por parte de los Estados son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales.

Al realizar un análisis crítico de lo anteriormente establecido en este principio debemos mencionar que si condicionamos a la libertad de expresión a factores como la veracidad, oportunidad e imparcialidad estamos sometiendo a censura previa los mensajes difundidos. Además, al condicionar de esta manera este derecho se puede pensar que se está aduciendo que el ciudadano que recibe dicha información muchas veces no tiene capacidad suficiente para formar criterios constructivos que le permitan discernir.

De igual manera, hay que recordar que ha sido opinión de la Corte IDH, mediante una opinión consultiva, que no se podrá censurar previamente los mensajes emitidos a pesar de que el fin sea buscar la veracidad de los mismos ya que las restricciones previas no son

acordes a la Convención; en tal caso, los mensajes deberían conllevar una responsabilidad ulterior. Como se ha expuesto,

[n]o sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor⁵¹ toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención⁵² [E]l abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido⁵³

Por lo mismo, a pesar de que en nuestra Constitución se establezca a la característica de veracidad como habilitante para ejercer la libertad de expresión; es de opinión personal, el pensar que este limitante estaría trasgrediendo obligaciones internacionales con respecto al ejercicio de los Derechos Humanos; y que por lo tanto, deberá primar las obligaciones internacionales que mejor convengan al ejercicio de los derechos fundamentales para ejercer dicho derecho. Lo anteriormente argumentado estaría respaldado en lo establecido dentro del Art 426 de la Constitución el cual expresa que

[...]Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación.

Ahora bien, dentro del Art 66 numeral 7 de la Constitución del Ecuador se encuentra establecido

El derecho de toda persona agraviada por informaciones sin pruebas o inexactas, emitidas por medios de comunicación social, a la correspondiente rectificación, réplica o respuesta, en forma inmediata, obligatoria y gratuita, en el mismo espacio u horario.

El hecho de que se brinde en la Constitución una forma de reparación posterior mediante la rectificación, réplica o respuesta, desde mi perspectiva, es una forma eficiente de controlar el abuso de la libertad de expresión en caso de que se incurra en este. Se debe conocer que nuestra Constitución no es pionera en el uso de este tratamiento. De hecho,

⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 5/85. *Óp.cit*, párr. 33

⁵² *Id.*, párr.38.

⁵³ *Id.*, párr.39.

[e]n Francia, a principios del siglo XIX, surgió la idea de instaurar un derecho de rectificación y un derecho de respuesta. El primero en 1819 instaurado por el gobierno para proteger a sus funcionarios de los ataques de la prensa con la reserva de un espacio en los periódicos para expresar sus puntos de vista. El segundo en 1822, mediante la Ley sobre la Represión de Delitos de Prensa que organizaba el derecho de respuesta de los particulares en caso de que éstos argumentaran ser víctimas de difamación o vieran afectados su honor o su reputación por la prensa⁵⁴

Asimismo, el derecho de rectificación y respuesta establecido dentro de nuestra Constitución es compatible con las obligaciones recogidas por la CADH, en su Art 14, el cual expresa que

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentada y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.
2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.
3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

Como se puede observar este artículo además de exponer la definición que recoge este derecho, nos brinda una perspectiva garantista en caso de que ocurra un abuso de la libertad de expresión ya que claramente determina que el hecho de ejercer la rectificación o respuesta no exime de otro tipo de responsabilidades jurídicas que se quieran realizar con posterioridad.

Ahora bien, el artículo establecido en la Constitución, abre un campo reparativo o de resarcimiento para poder contestar en caso de sufrir algún ataque por el uso desmedido de la libertad de expresión. De igual forma, otorga a los ciudadanos, individual o colectivamente, una herramienta para combatir la inexactitud o difamación que puede provocar el uso inadecuado del derecho de la libertad de expresión.

⁵⁴BIOLLEY, Gérard *.Le droit de réponse en matière de presse.* París: R. Pichon et R. Dugand-Auzias, 1963, pp. 11.

Frente al derecho de rectificación recogido dentro de nuestra Constitución con acuerdo con el voto del ex magistrado de la Corte IDH, Gros Espiell, quien se pronunció de esta manera dentro de la Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, en la cual se trató el tema de la exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Este expuso que

El derecho de rectificación o respuesta está reconocido a toda "persona [...] afectada por informaciones inexactas o agravantes emitidas en su perjuicio". En cuanto es un derecho cuyo ejercicio supone una ineludible relación con el derecho, que poseen también todas las personas, "de buscar, recibir y difundir informaciones" [...] derecho que puede dar lugar a responsabilidades fijadas por la ley, necesarias para asegurar "el respeto a los derechos o a la reputación de los demás" [...], y se debe tener en cuenta el derecho de toda persona al respeto de su honra [...] la determinación del carácter inexacto o agravante de las "informaciones", deberá ser, si hay una diferencia al respecto, la consecuencia de un procedimiento judicial [...]. Si "los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás" [...], debe garantizarse el justo equilibrio y la armonización concreta, en cada caso, entre la libertad de información, el derecho de rectificación o respuesta y el derecho a la protección de la honra, por medio de un procedimiento judicial que asegure la garantía de todos los derechos en juego y que determine el carácter inexacto o agravante de la información, en el caso en que haya un conflicto o diferencia resultante del intento de hacer valer, en un caso o situación concreta, el derecho de rectificación o respuesta. Esto es fundamental, ya que sin un procedimiento judicial capaz de determinar, con plenas garantías, la existencia o no de los extremos exigibles para que el derecho de rectificación o respuesta se reconozca en un caso concreto, si hubiera un conflicto o diferencia sobre su ejercicio, se estaría violando el artículo 8 de la Convención, que reconoce el derecho a ser oído "con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley [...]".⁵⁵

Lo expuesto con anterioridad establece claramente que dentro de la CADH el derecho de rectificación o respuesta está permitido y debe ser concordante con el derecho a la honra, a la exigibilidad de garantías judiciales y al respeto de los derechos de los demás. Por lo mismo, frente a esta interpretación propuesta por el Juez Gros se puede establecer que las medidas de reparación establecidas en nuestra Constitución en caso de que ocurra un abuso del derecho de la libertad de expresión es coherente con la obligación expuesta en la CADH. No obstante, es importante recordar que

⁵⁵Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-07/86 del 29 de agosto de 1986 ,parr. 4 (opinión separada del juez Héctor Gros Espiell).

[e]s un error pensar que el derecho de rectificación, derecho de respuesta o derecho de réplica es una limitante absoluta y arbitraria de la libertad de expresión y el derecho a la información que ejerce de manera categórica los medios de comunicación. Al ser posible que la difusión de una información falsa, errónea, inexacta o incompleta, ya sea por error, negligencia o abuso, a través de un medio de comunicación y que genere una afectación en derechos o intereses, también es posible la aclaración o corrección de las mismas para minimizar sus efectos.

En el empuje y la protección de la libertad de expresión y del derecho a la información también existen contrapesos, como el derecho de rectificación, para la construcción y el fortalecimiento de la opinión pública en las democracias de nuestros días.⁵⁶

2.2.2. La Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Ahora bien, anteriormente se analizó los limitantes establecidos en la Constitución del Ecuador en concordancia con los instrumentos internacionales los cuales nos permitieron observar la legitimidad o no de las restricciones que contempla nuestra ley.

Sin embargo, ahora se tiene que mencionar que dentro del Art 13 de la CADH existen restricciones en las cuales se ha brindado parámetros absolutamente concretos para establecer cuándo podrán ocurrir restricciones legítimas a la libertad de expresión. Estas limitaciones, como se mencionó con anterioridad superficialmente, pueden ser consideradas específicamente en los dos últimos numerales del Art 13. de la CADH en los cuales se establece que:

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.

⁵⁶Rosas Martínez, Alejandro. ¿Derecho de rectificación, derecho de respuesta o derecho de réplica?, Biblioteca Jurídica virtual de la UNAM, pág. 100.<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInformacion/18/art/art3.pdf>(acceso 09/10/14)

Esto significa que solamente existen dos presupuestos para restringir a la libertad de expresión, en principio. El primero establece que se aceptará la censura previa con el propósito de la protección de la infancia y la adolescencia; y, el segundo prohíbe toda aquella propaganda y promoción que contenga alusiones racistas, xenófobas o discrimine a algún colectivo.

Si bien dichas limitaciones son concretas no debemos olvidar que dentro de la CADH, como se mencionó anteriormente, en el Art 13 numeral 2, se ha establecido otro presupuesto para limitar a la libertad de expresión a través de la responsabilidad ulterior, la que debe estar expresamente fijada por la ley para que sea legítima. Es importante aclarar esto ya que el establecimiento de esta responsabilidad no puede ser arbitrario, este siempre deberá buscar asegurar: el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas.

De igual manera, se debe destacar que el Ecuador además de haber ratificado la CADH, ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el 6 de marzo de 1969, instrumento en el que se contempla las limitantes frente al derecho de libertad de expresión en donde se expone que

El ejercicio del derecho [de libertad de expresión] previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

- a) Asegurar 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

2.3. Test Tripartito

Dentro del ámbito internacional tampoco hay como desconocer que la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión dentro del informe del año 2008 expuso el criterio de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos en donde se planteó específicamente los lineamientos que se deben considerar para limitar los derechos de la libertad de expresión

Según ha sido interpretado por la jurisprudencia interamericana, el artículo 13.2 de la Convención Americana exige el cumplimiento de las siguientes tres condiciones básicas para que una limitación al derecho a la libertad de expresión sea admisible: (1) la limitación debe haber sido definida en forma precisa y clara a través de una ley formal y material, (2) la limitación debe estar orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana, y (3) la limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida; e idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr.⁵⁷

En la presente jurisprudencia se establece tres direccionamientos específicos que se deben contemplar en caso de restringir el uso de este derecho. Las condiciones antes expuestas son conocidas como el test tripartito. Todas ellas guardan coherencia al comprender que si bien ningún derecho puede ser absoluto las restricciones deberán estar basadas en normativa que nos permita alcanzar fines democráticos.

2.3.1. Limitación Legal

Como bien se menciona dentro del test tripartito la Corte IDH ha indicado que deben existir ciertas condiciones para limitar el Derecho de la Libertad de Expresión. Establece puntualmente como limitante a la legalidad a ello alude exponiendo que (1) la limitación debe haber sido definida en forma precisa y clara a través de una ley formal y material⁵⁸.

⁵⁷ Comisión Interamericana Derechos Humanos. Informe Anual 2008. Volumen II: Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, pp.245

⁵⁸ *Id.*, p.245

Como se conoce, no de los pilares principales constituido en un principio básico que asimismo ha sido reconocido en la ley es el principio de legalidad. Este, alude al respeto y al reconocimiento que se le debe dar a la norma jurídica para que se constituya en una garantía práctica y eficiente del ciudadano. En otras palabras

En general, “legalidad” significa conformidad a la ley. Se llama “principio de legalidad” aquel en virtud del cual “los poderes públicos están sujetos a la ley”, de tal forma que todos sus actos deben ser conforme a la ley, bajo la pena de invalidez. Dicho de otra forma: es inválido todo acto de poderes públicos que no sea conforme a la ley⁵⁹. Se entiende que esta regla se refiere especialmente, aunque no de forma a los actos del estado que pueden incidir sobre los derechos subjetivos (de libertad, de propiedad, etcétera) de los ciudadanos, limitándolos o extinguiéndolos. En cuanto tal, el principio de legalidad tiene una evidente función garantista⁶⁰

Por lo mismo este principio deberá ser aplicado dentro del campo de la libertad de expresión al construir uno de los derechos más preciados de los ciudadanos pues defiende una de las libertades más importantes que es la de expresión. Frente al principio de legalidad se debe conocer que la CADH lo reconoce dentro de su art.9 en el cual se establece que

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Como se puede analizar dentro del ejemplo anterior solamente las personas que cometan acciones enmarcadas dentro del ordenamiento jurídico podrán ser condenadas. Lo cual significa que las restricciones y sanciones deberán estar establecidas dentro de cada legislación para que las personas que infrinjan o abusen del derecho de la libertad de expresión sean penalizadas.

De igual manera, se debe recordar que la Corte IDH ha brindado una opinión consultiva con relación a la expresión leyes a partir de la Convención Americana de

⁵⁹GIANNINI, Massimo. Derecho administrativo, Milán, 1970, I, pp.82

⁶⁰FERRAJOLI. Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, 4ª edición, Madrid, Trotta, 2000, pp.99.

Derechos Humanos que va muy de la mano con el principio de legalidad ya que sobretodo nos recuerda y que las leyes además de estar plasmadas materialmente, en el campo de los Derechos Humanos no pueden desvincularse de su fin que es el respeto y protección a los mismos es decir el trasfondo que deberá estar plasmado deberá guardar coherencia con el principio de legalidad.

En este sentido, la Corte tiene en cuenta el hecho de que los sistemas jurídicos de los Estados Partes en la Convención se derivan de tradiciones diferentes.

Algunos se inscriben en el sistema del " common law " y otros siguen la tradición romanista. Sus regímenes constitucionales muestran particularidades vinculadas con su desarrollo jurídico y político. El concepto de leyes no puede interpretarse en abstracto y, en consecuencia, no debe divorciarse del contexto del orden jurídico que le presta sentido e incide en su aplicación⁶¹. El sentido de la palabra leyes dentro del contexto de un régimen de protección a los derechos humanos no puede desvincularse de la naturaleza y del origen de tal régimen. En efecto, la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en

la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal.

Por ello, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente⁶².

2.3.1.1. Precisión y claridad legal

Ahora bien, una vez aclarado que la legalidad consiste en que la sanción o la restricción estén contenidas dentro del ordenamiento jurídico respetuoso de los derechos humanos, es interesante observar el siguiente ejemplo, descrito a continuación, en el cual se exponen los criterios de interpretación con respecto de la aplicación del principio de legalidad en un caso referente a la libertad de expresión

⁶¹Corte Europea de Derechos Humanos. Caso del Sunday Times c. Gran Bretaña. *Óp.cit.*, 30, párr., pp. 35-36

⁶²Corte Interamericana de Derechos Humanos .La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos .Opinión Consultiva OC-6/86, *Óp.cit.*, párr. 21,22.

Eduardo Kimel es un historiador que se desempeñó como periodista, escritor e investigador histórico, y publicó un libro en el que analizó el asesinato de cinco religiosos, ocurrido durante la última dictadura militar en Argentina. En la publicación, el autor cuestiona las actuaciones de un juez en torno a la investigación de los mencionados asesinatos. Con base en ese hecho, el juez entabló una acción penal contra el escritor por el delito de calumnia. Finalmente, el señor Kimel fue condenado por este delito a un año de prisión en suspenso, al pago de una indemnización y costas judiciales.

[...] [L]a Corte IDH [sacó] las siguientes conclusiones en el caso Kimel. En relación con el primer criterio que se refiere a que las responsabilidades ulteriores deben estar expresamente fijadas en la ley, el tribunal, atendiendo al carácter penal de las medidas impuestas, hace un llamado al Estado sobre la observancia rigurosa de las garantías que se desprenden del principio de legalidad penal contenido en el artículo 9o. de la Convención. Los estándares fijados por el tribunal en esta materia son expresos⁶³: "si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal, para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa".⁶⁴ El análisis sobre la ambigüedad del delito que sanciona las calumnias e injurias en el código penal argentino unido a la idea del derecho penal como *ultima ratio*,⁶⁵ resultaron elementos determinantes para que luego la Corte decida que el Estado había violado no sólo la libertad de pensamiento y expresión, sino también el principio de legalidad y de retroactividad del artículo 9o., en relación con los artículos 1.1 y 2o. de la CADH.⁶⁶

De esta forma, se debe reconocer que nadie puede ser sancionado por un acto que no esté tipificado al momento de su comisión lo cual implica que para imponer cualquier medida restrictiva al derecho de la libertad de expresión esta deberá estar objetivizada en la norma jurídica. Además, el análisis de la Corte IDH expone que el principio de legalidad penal merece un estudio y que las sanciones penales deberán ser utilizadas como último recurso.

Lo interesante de este fallo además es que la Corte establece puntualmente que la norma de ser aplicada deberá ser expuesta en forma expresa, precisa, taxativa y previa. Lo

⁶³ Londoño, María Carmelina, El Principio De Legalidad Y El Control De Convencionalidad De Las Leyes: Confluencias Y Perspectivas En El Pensamiento De La Corte Interamericana De Derechos Humanos. Revista Jurídica de la UNAM. Boletín Mexicano de Derecho Comparado.

[http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/128/art/art7.htm#N*\(acceso 21/08/14\)](http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/128/art/art7.htm#N*(acceso 21/08/14))

⁶⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Kimel vs. Argentina, *Óp.cit.*, párr. 63.

⁶⁵ *Id.*, párr. 76.

⁶⁶ Londoño, María Carmelina. El Principio De Legalidad Y El Control De Convencionalidad De Las Leyes: Confluencias Y Perspectivas En El Pensamiento De La Corte Interamericana De Derechos Humanos. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

[http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/128/art/art7.htm.\(acceso 21/08/14\)](http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/128/art/art7.htm.(acceso 21/08/14))

cual demuestra que la manera en que debe estar formulada una restricción o sanción debe en última instancia ser clara y concisa. Con ello se trata de que la norma no sea ambigua para que no quede a interpretación ni a criterio de la persona que administra la justicia.

2.3.1.2. Formalidad y Materialidad

Al hablar de la formalidad que deben tener las normas jurídicas nos referimos a que en principio las leyes deberán ser construidas mediante formalidades y procesos legítimos establecidos en cada ordenamiento jurídico de los Estados. Ahora bien, al hablar de materialidad en cambio nos referimos a que las normas en sí deberán encuadrarse a perseguir un objetivo justo y coherente con lo establecido dentro de la Constitución. Para aclarar dicha perspectiva se puede argumentar que

[E]s frecuente en el ámbito jurídico, hace referencia a la ley en sentido formal y en sentido material. Estas alusiones están despojadas de implicaciones dogmáticas, de tal forma que la primera acepción, lo es al procedimiento de elaboración, al órgano que emana, o a su rango jerárquico dentro del ordenamiento jurídico. Ley en el sentido material hace referencia a su contenido, a los mandatos o prohibiciones jurídicas que contiene, o a la finalidad que persigue⁶⁷.

Es importante mencionar que dentro de los Estados el contener un principio o derechos reconocido mediante una formalidad jurídica ayuda a que este sea considerado y respetado dentro de la sociedad. Por ello es importante cumplir con la categoría de formalidad frente al derecho de libertad de expresión. De igual manera, la materialidad nos permite poder ahondar en el contenido mismo de la norma para que sea ejercida mediante finalidades prácticas.

2.3.2. Limitación Objetiva

Como se puede apreciar a lo largo de este planteamiento se ha establecido que la libertad de expresión para que sea limitada debe buscar ciertos objetivos legítimos dentro de

⁶⁷ REBOLLO, Lucrecio. *Introducción al Derecho: Derecho Público*. Madrid: Manuales Jurídicos Dykinson, 2005, pp 69.

una sociedad democrática. Como mencionamos antes, la Corte IDH dentro del análisis tripartito menciona que la segunda característica que deberá contener la limitación al derecho de la libertad de expresión es que la limitación debe estar orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana, Es por ello, que a continuación se busca establecer cuáles serían dichos objetivos que podrían restringir legítimamente a la libertad de expresión.

2.3.2.1. Restricción por incitación a la discriminación.

En ambos instrumentos internacionales se contempla la necesidad de establecer una prohibición con respecto a toda apología de odio nacional, racial, religioso que incite a la discriminación o violencia contra cualquier persona o grupo de personas. Si bien, con anterioridad, se analizó puntualmente el Art 13 numeral 5 de la CADH, se debe conocer que esta prohibición se encuentra respaldada en otro instrumento internacional es decir en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que contempla esta prohibición en su Art 20, precisamente por ser imprescindible dentro de la regulación que deben poseer los Estados para evitar el abuso de la libertad de expresión con propósito de perseguir fines ilegítimos.

Es interesante conocer que dentro del ámbito jurídico se plantean 2 tesis. Un punto de vista es que el derecho no debería coartar la difusión de expresiones odiosas, por muy censurables que ellas puedan ser; en el otro extremo están quienes piensan que el verdadero sentido de la tolerancia implica, paradójicamente, que los mensajes que propician la intolerancia en contra de algún grupo de personas no pueden estar jurídicamente protegidos. Esta última tesis no implica que ningún grupo en particular deba gozar de inmunidad frente a la crítica, sino simplemente que no está permitido agraviar a sus miembros con el propósito de promover su supresión o su sometimiento a otros grupos.

Al respecto, debo mencionar que concuerdo con la segunda tesis ya que si bien la libertad de expresión es uno de los derechos más importantes dentro de una sociedad

democrática este no puede prestarse para agredir o promover mensajes discriminatorios que pongan en peligro a ciertos grupos dentro de la sociedad, se debe recordar que uno de los fines primordiales de una sociedad libre es la defensa de la diversidad. Asimismo, creo que el Estado es el responsable de mantener el Orden Público y buscar que este sea respetado. Uno de los fines de la libertad de expresión debe ser el promover la tolerancia e inclusión y no, por el contrario, incitar a la exclusión o a la segregación por muy distintas que sean las personas dentro del Estado.

Ahora bien, se debe conocer que dentro de nuestra normativa nacional, se aprobó recientemente el Código Orgánico Integral Penal. Dentro de él se analizan los delitos de odio; que de hecho, ya estaban previamente contemplados en el Código Penal anterior. En el art. 177 se establece que:

La persona que cometa actos de violencia física o psicológica de odio, contra una o más personas en razón de su nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, discapacidad, estado de salud o portar VIH, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Si los actos de violencia provocan heridas a la persona, se sancionará con las penas privativas de libertad previstas para el delito de lesiones agravadas en un tercio. Si los actos de violencia producen la muerte de una persona, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.

Como se conoce, no solamente será sociedad civil quienes están obligados a cumplir con el principio de igualdad y no discriminación contenido en el Art 11 numeral 2 de nuestra Constitución. De igual forma, las organizaciones políticas están sometidas a normativa interna, específicamente al Código de la Democracia, que establece que

Art. 331.- Son obligaciones de las organizaciones políticas:

7. Abstenerse, en su propaganda política o electoral, de cualquier expresión que discrimine o afecte a la dignidad de las personas o utilicen símbolos, expresiones o alusiones de carácter religioso en su propaganda;

8. Incluir a los colectivos tradicionalmente discriminados [...]

Las restricciones por incitación a la discriminación dentro de nuestro país pueden ser sancionadas de distintas maneras. Es decir pueden ser penadas con prisión en caso de constituir delitos de odio ⁶⁸ pueden ser impuestas sanciones de carácter administrativo como por ejemplo la suspensión de la organización política por el tiempo que determine el Tribunal Contencioso Electoral, la eliminación de organizaciones políticas en caso de reincidencia en el incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones, tal y como se establece en el artículo antes expuesto. Incluso dentro de la Ley Orgánica de Comunicación se ha establecido dentro del Art 62 una prohibición contra la discriminación la cual establece que

Está prohibida la difusión a través de todo medio de comunicación social de contenidos discriminatorios que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales. Se prohíbe también la difusión de mensajes a través de los medios de comunicación que constituyan apología de la discriminación e incitación a la realización de prácticas o actos violentos basados en algún tipo de mensaje discriminatorio.⁶⁹.

Cabe cuestionarse si estas prohibiciones contravienen las obligaciones jurídicas internacionales derivadas del respeto a la libertad de expresión. Se debe considerar que algunos otros sistemas de protección de derechos humanos contemplan estas limitaciones de manera más general y amplia, lo que puede conllevar a una interpretación más subjetiva.

[La]Convención Americana diverge de la Convención Europea y del PIDCP en un aspecto clave, y esta diferencia limita la aplicación de la jurisprudencia de la ONU y de la Unión Europea. El texto del artículo 13(5) examina las expresiones de odio que constituyen “incitación a la violencia o a cualquier otra acción ilegal similar.” Sugiere que la violencia es un requisito para cualquier restricción. La Convención Europea y el PIDCP, entretanto, no cuentan con un requisito tan delimitado. El PIDCP proscribe las expresiones que incitan a la “discriminación, hostilidad o violencia”, con lo que abarca una gama de expresiones que no llegan a la violencia. Entretanto, la Convención Europea admite condiciones y restricciones que sean “necesarias en una sociedad democrática” y enumera varios fines que pueden

⁶⁸Código Orgánico Integral Penal. Artículo 177. Registro Oficial suplemento N° 180 del lunes de 10 de febrero de 2004

⁶⁹Ley Orgánica de Comunicación. Artículo 62. Registro Oficial suplemento tercero N° 22 del martes de 25 de junio de 2013

justificar estas restricciones, incluida la seguridad nacional, la integridad territorial y la seguridad pública⁷⁰.

Si bien la Corte nunca se ha pronunciado con respecto a la legitimidad de una pena privativa de la libertad establecida por el cometimiento de un delito de odio. Es por ello, que sería interesante que algún Estado parte proponga una opinión consultiva, cumpliendo todos los requerimientos previos para hacerla, formulando el cuestionamiento de si sería legítimo o no sancionar con prisión a alguien que cometa un delito de odio.

Sin embargo es de criterio personal pensar que los delitos de odio , en casos de ser cometidos, si se podrían prestar para ser sancionados con penas privativas de la libertad ya que el bien jurídico que buscan proteger es la integridad personal y la vida, es decir bienes superiores que el de la libertad de expresión.

2.3.2.2. Restricciones por preservación de la reputación de los demás.

La preservación de la reputación de los demás constituye una razón legítima para establecer una restricción al derecho de la libertad de expresión. De hecho, existen varios instrumentos internacionales que contemplan el derecho de proteger la reputación y la honra de las personas. Como se puede observar

[el]art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresa que nadie será objeto de ataques ilegales a su honra o reputación, y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esos ataques. En el mismo sentido, el art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, que nadie puede ser objeto de ataques ilegales a su honra o reputación, y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esos ataques. Además, el art. 19 N° 3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos señala que el ejercicio de la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades especiales, y que puede estar sujeto a ciertas restricciones que, estando expresamente fijadas por la ley, sean necesarias para, entre otras cosas, ‘asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás’ en el mismo sentido[...] El art. 14 de la Convención Americana dispone que toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general tiene

⁷⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial sobre la Libertad de Expresión. *Las Expresiones de Odio y la Convención Americana de Derechos Humanos*, parr. 46.

derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley, y que para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión, tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.⁷¹

Como se observa, los distintos instrumentos internacionales han considerado que es legal establecer un limitante al derecho de la libertad de expresión en casos en los que se busque proteger a la honra de las personas. No obstante, el debate surge precisamente cuando se cuestiona la imposición de penas privativas de la libertad cuando se ejerce el derecho de libertad de expresión de forma abusiva. Al respecto la Corte IDH estableció que

En cuanto a la idoneidad de la vía penal para lograr la finalidad perseguida, la Corte ha advertido anteriormente, [...], que si bien un instrumento penal puede ser idóneo para restringir el ejercicio abusivo de determinados derechos, siempre y cuando esto sirva al fin de salvaguardar el bien jurídico que se quiere proteger, lo anterior no significa que la utilización de la vía penal para la imposición de responsabilidades ulteriores al ejercicio de la libertad de expresión sea necesaria o proporcional en todos los casos.⁷²

Esto significa que la vía penal no siempre será idónea para sancionar a las personas en caso de responsabilizarlas de un abuso a la libertad de expresión. De hecho, cuando se cometa estos tipos de abusos se tienen que observar meticulosamente si es que el cometimiento de la transgresión es proporcional a la imposición de una sanción penal puesto que muchas veces esta pena podría constituir un abuso desmedido por parte del Estado en cuanto al establecimiento de una sanción.

2.3.2.3. Preservación de la reputación de los servidores públicos

En este punto es necesario establecer que “sin importar la actividad social que desempeñe una persona, ésta tiene derecho a que se respete su honra”⁷³.

⁷¹ FAÚNDEZ, Héctor. *La Libertad de expresión y la protección del honor y la reputación de las personas en una sociedad democrática*, Biblioteca Jurídica de la UNAM, Pág 560.

⁷² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Sentencia del 20 de noviembre de 2009. parr.67.

⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tristán Donoso vs. Panamá. 2009. *Óp.cit.*, párr.115; Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. 2009 *Óp.cit.*, párr. 46.

No obstante, se debe contemplar que los servidores públicos difieren de los ciudadanos regulares ya que estos poseen cierto poder y se encuentran más expuestos al control de la sociedad ; por lo mismo, inevitablemente se situarán en una esfera mucho más cercana a críticas severas. Se ha establecido que

Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, en ese ámbito se ven sometidos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. En este sentido, en el marco del debate público, el margen de aceptación y tolerancia a las críticas por parte del propio Estado, de los funcionarios públicos, de los políticos e inclusive de los particulares que desarrollan actividades sometidas al escrutinio público debe ser mucho mayor que el de los particulares.⁷⁴

Por lo mismo, los funcionarios deben comprender que se encuentran sometidos a un nivel mayor de observación por parte de la ciudadanía. De igual forma, deben saber que por el poder que poseen no pueden manipular al sistema para sancionar con más severidad a las personas que expongan libremente su criterio con respecto a sus acciones.

Este tema ha sido controversial dentro del SIDH pues han llegado en múltiples ocasiones casos que se encuentran vinculados con la situación antes descrita. Es decir, se han presentado casos en los cuales ciudadanos regulares se han visto expuestos a sanciones penales por denunciar, exponer o criticar abiertamente a funcionarios públicos. La CIDH por lo mismo ha expuesto ciertos criterios que buscan evitar un abuso de poder al sancionar el ejercicio de la libertad de expresión. Al respecto ha objetado que

La utilización del derecho penal para sancionar expresiones sobre funcionarios públicos vulnera en sí misma el artículo 13 de la Convención Americana, ya que: no hay un interés social imperativo que la justifique, resulta innecesaria y desproporcionada, y además puede constituir un medio de censura indirecta dado su efecto amedrentador e inhibitor del debate sobre asuntos de interés público⁷⁵.

⁷⁴Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”. *Óp.cit.*, , párr 103

⁷⁵Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Ricardo Canese v. Paraguay. Transcritos en la sentencia del 31 de agosto de 2004, párr. 72.

De hecho, La CADH es considerada un instrumento internacional mucho más garantista al derecho de la libertad de expresión que otros instrumentos garantistas de derechos humanos.

2.3.2.4. Restricciones por preservación de la moral y el Orden Público.

Si analizamos cuáles son los preceptos por los cuales se puede justificar el uso de la responsabilidad ulterior nos daremos cuenta que dicha limitación busca proteger a conceptos jurídicos indeterminados como el orden público o a la moral pública; por eso es tan difícil establecer cuándo será legal restringir a la libertad de expresión por este motivo.

El hecho es que al plantear como parámetro legal al orden público, este puede ser utilizado con arbitrariedad por las autoridades de un Estado ya que al ser un concepto jurídico indeterminado puede estar sujeto a muchas interpretaciones puesto que son términos subjetivos lo cual puede conllevar al abuso del poder.

No obstante, la Corte IDH ha brindado cierta noción desde donde se puede argumentar el uso del Orden Público como medio legítimo de restricción a la libertad de expresión, estableciendo así que

Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana. [...]

No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de “orden público” y “bien común”, ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el “orden público” o el “bien común” como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a) de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una

interpretación estrictamente ceñida a las “justas exigencias” de “una sociedad democrática” que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.⁷⁶

Por lo mismo, se puede aseverar que si se busca restringir a la libertad de expresión tomando como pretexto al Orden Público se deben encontrar razones suficientemente válidas y democráticas que justifiquen al uso de esta limitación, ya que de otra forma se lo podrá considerar como abuso de poder. Las restricciones anteriormente vistas pueden prestarse a interpretaciones siempre y cuando busquen un fin legítimo y democrático. Dentro de la Opinión Consultiva 5/85 se brindaron distintos requisitos para someter a consideración en caso de existir una ilegitimidad en el uso de este derecho, se estableció así que

El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido. Aún en este caso, para que tal responsabilidad pueda establecerse válidamente, según la Convención, es preciso que se reúnan varios requisitos, a saber:

- a) La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas,
- b) La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley,
- c) La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y
- d) Que esas causales de responsabilidad sean " necesarias para asegurar " los mencionados fines.⁷⁷

Como demuestra la Opinión Consultiva expuesta no se puede restringir la libertad de expresión como un medio preventivo para evitar un abuso. Para que las limitaciones sean legítimas deberán constar en la ley pero sobre todo deberán brindar una justificación suficientemente racional que demuestren que son necesarias para el bien común en general.

2.3.3. Limitación de necesidad

Para terminar con el análisis de cuándo podrán ser legítimas las restricciones se debe conocer que para privar a alguien de ejercer este derecho se deberán buscar distintas alternativas y se deberán aplicar las menos coercitivas en caso de tener que establecer dichas limitaciones. Es decir, no se pueden establecer las medidas más fuertes para restringir a

⁷⁶Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85 *Óp.cit*, párr. 66-67

⁷⁷Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85. *Óp.cit* , párr. 39

alguien en caso de que abuse de este derecho, se debe por lo tanto tener muy en cuenta un principio básico del derecho que es precisamente la necesidad. Para ello la Corte IDH, como tercer requisito, ha establecido que “la limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida; e idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr”.⁷⁸

Frente a la imposición de una restricción a este derecho se establece la necesidad de que mediante ella se busque conseguir fines que beneficien al bien común si es que se la impone. Con respecto a la idoneidad de los medios restrictivos utilizados se debe conocer que estos deben ser acordes a una sociedad democrática que protege las libertades de los ciudadanos como se indicó con anterioridad. Por lo mismo,

Debe analizarse si la norma restrictiva del derecho a la libertad de expresión es una medida indispensable, no existiendo otra medida alternativa a la considerada que sea igualmente efectiva para lograr la finalidad convencionalmente legítima y sea menos restrictiva del o de los derechos afectados.⁷⁹

2.3.3.1. Proporcionalidad en la medida legal impuesta

De este principio justamente se derivan ciertos establecimientos básicos para utilizar las limitaciones de forma adecuada mediante la interpretación del Art 13. Es necesario mencionar, como se expresó con anterioridad, que la Corte IDH ha establecido que:

En síntesis, para que una determinada limitación a la libertad de expresión sea compatible con el artículo IV de la Declaración Americana y el artículo 13 de la Convención Americana, la CIDH y la Corte Interamericana, exigen tres requisitos: (a) que sea definida en forma precisa y clara a través de una ley en sentido formal y materia; (b) que persiga objetivos autorizados por la Convención; y (c) que sea necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que persigue, estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida e idónea para lograr tales objetivos. Además, se ha establecido que ciertos tipos de

⁷⁸ Comisión Interamericana Derechos Humanos. Informe Anual 2008. Volumen II: Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Óp.cit* .pp. 245.

⁷⁹ Nogueira Alcalá, Humberto. El Uso Del Postulado De Proporcionalidad En La Jurisprudencia De La Corte Interamericana De Derechos Humanos Sobre Libertad De Expresión. Estudios Constitucionales .*Óp.cit* , p 121.

limitación son contrarios a la Convención Americana; de allí que las limitaciones impuestas no pueden equivaler a censura -por lo cual han de ser establecidas mediante responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo del derecho-, no pueden ser discriminatorias ni producir efectos discriminatorios, no se pueden imponer a través de mecanismos indirectos de restricción y deben ser excepcionales.⁸⁰

Si bien antes ya se han examinado varios de los elementos expuestos, a continuación se analizarán la proporcionalidad del castigo, ya que es necesario conocer que al estar hablando de una libertad fundamental, en caso de que se atente contra ella se necesitará brindar una pena proporcional y acorde a la violación cometida como se expone en el inciso final de la cita anteriormente mencionada.

Es un principio básico dentro del análisis jurisprudencial el establecer una proporcionalidad entre la pena y la afectación causada al bien jurídico protegido. Explícitamente, en el campo de la libertad de expresión se debe observar que las limitaciones legales establecidas deberán ser coherentes con el Art 13 de la CADH. Es decir, la proporción de la restricción establecida, para estos casos, no puede exceder a los principios y artículos de los instrumentos internacionales que hemos mencionado con anterioridad ya que de hacerlo el Estado incurriría en responsabilidades jurídicas.

El principio o postulado de proporcionalidad instituye una relación de fin a medio, como asimismo de utilidad de un acto, confrontando el fin de una intervención con los efectos de ésta, posibilitando un control de exceso, protegiendo a las personas respecto de los abusos o arbitrariedades del poder estatal, sin perjuicio de constituir un principio de interpretación en que se apoya el operador jurídico, en especial el juez, cuando necesita resolver problemas de compatibilidad o de conformidad en la tarea de concretización de las normas constitucionales en relación con las normas legales y administrativas.⁸¹

Como se observa con anterioridad la pena al final deberá ser proporcional al delito cometido y la decisión final se encontrará en manos de la administración de Justicia. Sin embargo, todos los poderes deberán respetar al principio de proporcionalidad y por ello las penas deberán ser coherentes con la vulneración del derecho infringido.

⁸⁰Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la libertad de Expresión. Una Agenda Hemisférica Para La Defensa De La Libertad De Expresión.pp.6.

⁸¹NOGUEIRA ALCALA, Humberto. El Uso Del Postulado De Proporcionalidad En La Jurisprudencia De La Corte Interamericana De Derechos Humanos Sobre Libertad De Expresión. Estudios Constitucionales.2011,pp.120..

De hecho, es importante plantearse la posibilidad de siempre adoptar la medida menos intrusiva pero más efectiva para la protección de este derecho. Un ejemplo de esto, como se establece en la CADH es la posibilidad de exigir rectificación de información inexacta

El subprincipio de necesidad exige que la medida restrictiva sea indispensable para la conservación de un derecho o de un bien jurídico convencional y no sea posible de ser substituida por otra medida igualmente eficaz pero menos gravosa. En el fondo se exige que la norma jurídica o actuación emanada del Estado sea imprescindible para asegurar la vigencia o ejercicio de un derecho o bien jurídico legítimo convencional, debiendo restringir otro en el menor grado posible cuando no existe otra alternativa posible, escogiendo siempre el mal menor, el medio menos restrictivo, todo ello sin afectar el contenido esencial de los derechos afectados.⁸²

En conclusión, para sancionar, mediante la utilización de los medios jurídicos más coercitivos a las personas por haber abusado del derecho de la libertad de expresión se debe realizar un análisis exhaustivo que justifique el uso de una pena privativa de la libertad para que sea legítima aplicarla. Han existido distintos casos en donde se ha considerado que el establecer prisión en la mayoría de casos del ejercicio de la libertad de expresión es una medida desproporcionada a la acción cometida. Dentro del caso *Usón Ramirez vs. Venezuela* se pudo observar que

La Corte Interamericana, [...] pasa al análisis del subprincipio de idoneidad o adecuación de medios, preguntándose si la norma penal que se aplicó al general (r) Usón, es una medida idónea, considerando que si bien el instrumento penal en principio puede ser adecuado para proteger la honra o la reputación, es necesario analizar luego si ello es necesario o proporcional. En el caso concreto se considera que la norma penal es excesivamente vaga y no resulta idónea para garantizar el bien jurídico.⁸³

Aterrizando los conceptos sobre la idoneidad de la sanción impuesta al ejercicio del derecho de libertad de expresión se debe establecer que como cualquier otro derecho las sanciones deberán ser acordes al cometimiento de la acción. Es de criterio personas que en la época de campaña electoral los ciudadanos deberían ser capaces de pronunciarse sobre

⁸²*Id.*, p 121.

⁸³*Id.*, p147

los actos de los candidatos sin temor de las represalias. De igual manera, creo que resulta excesivo e inidóneo establecer una sanción privativa de la libertad contra algún ciudadano por expresarse libremente dentro del periodo de campaña.

Serán entonces los servidores públicos encargados de la administración e imposición de las normas legales, en este caso los jueces, los responsables de hacer un análisis de proporcionalidad y racionalidad del abuso cometido frente a la sanción impuesta. Es necesario recordar, que la administración de justicia tiene dentro de sus manos el poder de sancionar pero no de abusar de la imposición de las penas ya que en caso de que esto ocurra se podrá recurrir, en principio, a las instancias internas de la administración de Justicia y con posterioridad al Sistema Interamericano de Derechos Humanos una vez que se hayan agotado las vías nacionales internas.

Dentro del ámbito de la libertad de expresión la opinión consultiva emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos 5/85 expone que

Es importante destacar que la Corte Europea de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, concluyó que "necesarias", sin ser sinónimo de "indispensables", implica la "existencia de una " necesidad social imperiosa" y que para que una restricción sea "necesaria" no es suficiente demostrar que sea "útil", "razonable" u "oportuna"⁸⁴. Esta conclusión, que es igualmente aplicable a la Convención Americana, sugiere que la " necesidad " y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundada sobre el artículo 13.2, depender á de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo.⁸⁵

⁸⁴Corte Europea de Derechos Humanos. Caso del Sunday Times c. Gran Bretaña. *Óp.cit.*,, párr. no. 59, pp. 35-36

⁸⁵*Id.*, pp. 38.

2.3.3.2. Alcance de las sanciones impuestas

Dicho principio expone que el Estado podrá aplicar las sanciones más severas como la privación de la libertad solo en casos en donde se amerite y se observe una necesidad lo suficientemente racional en favor de la protección del orden público y del bienestar social. Es importante conocer si las sanciones penales han sido consideradas como penas coherentes y adecuadas en caso de cometerse algún abuso de la libertad de expresión en época de campaña electoral. La Corte Constitucional Colombiana expuso jurisprudencia que clarifica cuando se debe utilizar a dicha rama del derecho

El derecho penal se enmarca en el principio de mínima intervención, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado. Esta preceptiva significa que el Estado no está obligado a sancionar penalmente todas las conductas antisociales, pero tampoco puede tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos; como también ha precisado que la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir al Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales. En esta medida, la jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad. De allí que el derecho penal sea considerado por la jurisprudencia como la última ratio del derecho sancionatorio.⁸⁶

Dentro del presente análisis se puede argumentar que la imposición de una sanción penal debe ser fundamentada en la protección de la garantía de la mayoría de los derechos de los ciudadanos de un Estado siempre y cuando no existan otros medios para proteger y condenar las violaciones cometidas:

De hecho, concuerdo con la creencia de Miguel Carbonell cuando establece que “[E]n este contexto tiene sentido recordar la frase de Cass Sunstein cuando afirma lo siguiente: “El gobierno no es tan digno de confianza cuando intenta controlar el discurso que puede dañar sus propios intereses; y cuando el discurso es político, éstos casi siempre entran en juego... tenemos motivos de mayor peso para desconfiar de la regulación gubernamental cuando se

⁸⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-365/12. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-365-12.htm> (acceso 15/12/2013)

trata de temas políticos»⁸⁷ Desde luego, las autoridades electorales no son «el gobierno» ni tienen, en principio, intereses políticos, pero lo importante es ejercer un control sobre todo tipo de autoridades, sean las que sean. En el Estado constitucional se acepta la idea de que no hay «poderes buenos» y que, en esa lógica, todos deben estar sometidos a fuertes limitaciones, sobre todo cuando sus actos pueden entrar en colisión o poner en peligro los derechos fundamentales.

Para concluir, pienso que el alcance de las sanciones impuestas al ejercicio desmedido o abuso de la libertad de expresión dentro del periodo electoral deben contener las mismas características analizadas dentro del test es decir, las sanciones deberán tender a ser legítimas, objetivas y necesarias. La imposición de penas privativas de la libertad entonces no podrá ser utilizada a discrecionalidad de los jueces o del gobierno. Para ello, dentro del marco de la libertad de expresión en época de campaña electoral los jueces deberán remitirse a las normas de legislación secundaria como es el Código de la Democracia frente a la imposición de sanciones, siempre que el abuso no se configure como delito contemplado dentro del Código Orgánico Integral Penal.

⁸⁷Sunstein, Cass R. República.comInternet, democracia y libertad , Barcelona,Paidós, 2003, p. 147, Carbonell, Miguel.. La libertad e Expresión en materia electoral.. México : Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008

3. Regulaciones de la libertad de expresión en época electoral.

Se debe mencionar que la época de la campaña electoral dentro de una democracia es imprescindible para su legitimación. Es dentro de este periodo en donde se pueden generar espacios para que los ciudadanos formen una opinión constructiva frente a quienes escogerán como líderes.

Desde una perspectiva personal, la publicidad, los debates y las noticias que se puedan producir en este periodo deberían estar disponibles a todos los ciudadanos por constituir información necesaria para tomar una decisión consciente. No obstante, al igual que cualquier otra actividad debería estar normada para evitar abusos tanto de privados como de organismos gubernamentales, que dejen de lado el propósito social que conlleva el periodo de campaña electoral.

El concepto de lo que constituye el periodo de campaña electoral, dentro del ámbito que nacional, que es el que nos interesa saber, se encuentra recogido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, específicamente en el Art 202 del Código de la Democracia, en donde se expresa que

El Consejo Nacional Electoral en la convocatoria para elecciones directas determinará la fecha de inicio y de culminación de la campaña electoral, que no podrá exceder de cuarenta y cinco días. Durante este período, el Estado, a través del presupuesto del Consejo Nacional Electoral, garantizará de forma equitativa e igualitaria la promoción electoral que propicie el debate y la difusión de las propuestas programáticas de todas las candidaturas. El financiamiento comprenderá exclusivamente la campaña propagandística en prensa escrita, radio, televisión y vallas publicitarias. El Consejo Nacional Electoral reglamentará el financiamiento según la realidad de cada localidad.

Este es un periodo en donde se busca que los medios de comunicación se conviertan en los encargados de transmitir mensajes e información para que los ciudadanos puedan estar al tanto y tengan una perspectiva más amplia de los candidatos a elegir. Esto, precisamente apoya al concepto de la libertad que tiene el ciudadano de recibir información para construirse conscientemente una imagen del candidato. Asimismo, genera un ambiente

propicio para que la ciudadanía emita criterios que apoyen o discrepen con cierto candidato permitiendo ejercer el derecho a opinar.

En otras palabras, la campaña electoral es [...] de índole informativa. Sin embargo, la libertad de expresión es una transversal que hace posible el debate, es decir, opinar ciudadano expresando empatía y el opinar ciudadano expresando disenso político. Aunque, ciertamente no todas las posturas ciudadanas se van a expresar en estos extremos, lo cierto es que pueden expresar lo que quieran en el debate político. Y en este debate, los sujetos electorales que discuten –sus posturas políticas– participarán en el marco de una discusión política libre: sin censura previa, pero con las responsabilidades ulteriores a la publicación de sus expresiones.⁸⁸

Debido a la importancia que cobra la época de campaña electoral en los países se ha buscado brindar varias garantías a los ciudadanos que permitan tanto difundir sus ideas, opiniones y recibir información necesaria para generar elecciones conscientes y racionales. Asimismo, se ha observado la relevante necesidad de generar respeto por el Derecho a la libertad de expresión siempre en defensa de valores democráticos. No obstante, como se observó en principio se debe tomar en cuenta que todos los derechos tendrán sus limitantes aunque en época de campaña electoral se pueda pensar que el derecho de la libertad de expresión debería ser absoluto.

3.1. Ámbito Internacional

Con referencia al ámbito internacional dentro del campo de la libertad de expresión en época de campaña electoral se puede aseverar que dentro de los países democráticos se ha considerado trascendental brindar regulaciones en cada legislación.

Dentro de un informe generado por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión en referencia a los procesos electorales se ha establecido que

⁸⁸García, Sergio y Gonza, Alejandra. *La Libertad de Expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México D.F: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007 ,pp.48.

[E]stán íntimamente vinculados a la libertad de expresión e información, ya que para que los ciudadanos puedan llevar adelante sus decisiones en el momento de votar es indispensable que cuenten con la mayor cantidad de información posible. Para esto, es crucial que los hechos, las ideas y las opiniones circulen libremente. Sin lugar a dudas, el modo más común que tienen los ciudadanos de informarse en la actualidad es a través de los medios de comunicación de masas.

Durante los procesos electorales, entonces, la libertad de expresión cobra particular importancia. Sin embargo, es frecuente que se impongan ciertas restricciones a este derecho durante las campañas políticas y los comicios. Dentro de las más comunes se encuentran las limitaciones a la duración y los gastos de las campañas políticas, las regulaciones sobre la propaganda partidaria y las prohibiciones de difusión de encuestas de opinión y sondeos de boca de urna.⁸⁹

Como se observa, las regulaciones y normativas impuestas frente a las restricciones legítimas de la libertad de expresión en época de campaña electoral dependerán del país donde se las aplique. No obstante, se debe recordar que los preceptos generales de la libertad de expresión deben ser respetados y no coartados alegando como pretexto que el país se encuentra en época de elecciones y promoción de las mismas.

3.1.1. Derecho comparado.

Como se expresó con anterioridad, son los países quienes establecen dentro de su normativa interna y dentro de su interpretación judicial las regulaciones que mantendrán con respecto del ejercicio de la libertad de expresión en época de campaña electoral; obviamente, enmarcados dentro de la normativa internacional. A lo largo de este análisis se observará que existen ciertos países que poseen distinta normativa y que brindan criterios jurisprudenciales acordes a sus lineamientos regulatorios y en ocasiones políticos. Como podremos considerar además, en ocasiones, el análisis y la normativa externa, será similar o diversa dependiendo de cómo se ha constituido nuestro ordenamiento jurídico.

⁸⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Temático. Libertad de Expresión y Procesos Electorales: El Caso de las Encuestas de Opinión y los Sondeos de Boca de Urna. parr. 3,4.
<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/temas/electorales.asp>(acceso 04/12/13)

3.1.1.1. México.

Es interesante mencionar que México al ser un país Federal busca concentrar las disposiciones generales de las actuaciones que deberán tener los partidos políticos o actores políticos dentro de su Constitución para generar parámetros claros de actuación. Es decir, las restricciones y regulaciones federales establecidas para la época de campaña electoral deben poseer un marco normativo encuadrado en las disposiciones existentes en la Constitución.

3.1.1.1.1. Normativa

Estas regulaciones se encuentran estipuladas dentro del Art 41 inciso III de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Dentro del presente análisis se busca describir los puntos más sobresalientes mencionados en el artículo anteriormente indicado.

- Los partidos políticos tienen derecho al uso de manera permanente de los medios de comunicación social. Por lo mismo, desde el inicio de las precampañas hasta el día de la jornada electoral el Instituto Federal Electoral concede, a los partidos políticos, un determinado porcentaje de difusión dentro de los medios de comunicación para que puedan difundirse y promocionarse.

- Los partidos políticos, ya sea a título propio o de terceros, en ningún momento podrán contratar o adquirir, tiempo o propagandas, en su favor o en contra de otros partidos, en cualquier modalidad de radio y televisión.

- La propaganda o difusión política o electoral que utilicen los partidos deberán abstenerse de expresiones que denigren a las instituciones y a los propios partidos, o que calumnien a las personas.

- En tiempo de campaña electoral hasta la conclusión de las mismas. Se debe suspender la difusión de toda propaganda gubernamental en los medios de

comunicación. Las únicas excepciones serán las campañas de información de las autoridades electorales, las relativas a servicios educativos y de salud, o las necesarias para la protección civil en casos de emergencia.

- Dentro de materia electoral la interposición de impugnaciones, constitucionales o legales, no producirá efectos suspensivos sobre la resolución o el acto impugnado.

Si bien la norma constitucional es aquella que brinda los límites dentro de los cuales deberá encuadrarse el periodo electoral se debe mencionar que existen otras normas de menor jerarquía que ayudan a regular los procesos electorales en México. Estas son el Código Federal de Instituciones y procedimientos electorales, la ley general del sistema de medios de impugnación en materia electoral y la ley orgánica del poder judicial de la federación. No obstante, al ser un país federal me he enfocado en determinar la norma más sobresaliente dentro del ordenamiento jurídico ya que las demás se deberán remitir a ella frente al cumplimiento de derechos.

3.1.1.1.2. Jurisprudencia mexicana

Desde una perspectiva legal podemos observar que México posee las regulaciones de este periodo dentro de su Constitución. Por lo mismo, el análisis desarrollado en base a este país es importante para el presente estudio ya que se brinda un trato diferenciado a los procesos electorales. Es por ello que bajo el principio de soberanía constitucional todas las normas de menor jerarquía deben regirse a los preceptos considerados en la Constitución. Si bien en el Ecuador analizamos el derecho de libertad de expresión dentro de nuestra Constitución no damos un trato diferenciado al análisis del periodo electoral dentro de ella como si lo hace México. Frente a ello se ha establecido jurisprudencia importante en el país antes mencionado.

Con respecto a los alcances que puede tener este derecho frente a las opiniones e información que se pueden verter en un periodo de campaña electoral se debe considerar que la jurisprudencia mexicana ha analizado un caso que es digno de ser considerado ya que expone criterios muy racionales frente a los alcances de las restricciones de la libertad de expresión. Lo que una vez más apoya al argumento de que las restricciones si bien son necesarias estas deben estar amparadas bajo el principio de legalidad.

El recurso fue promovido por un partido político en contra de la determinación del Instituto Federal Electoral, por la que declaró infundado el procedimiento sancionador en contra de diverso partido por la difusión en radio y televisión de un promocional. El recurrente alega que el contenido del promocional no constituye simples opiniones, sino que se trata de afirmaciones lisas y llanas, en las que se aportan datos aritméticos para pretender sustentar las afirmaciones que considera denigrantes.

La Sala Superior consideró que de conformidad con la norma fundamental la protección de la libertad de expresión (en el sentido de la emisión de ideas, juicios, opiniones y creencias personales) incluye el derecho de expresar convicciones políticas, morales, religiosas, filosóficas o de otro tipo y se ve aún más fortalecida si involucra la libertad de pensamiento o de opiniones en materia política.

En el debate político el ejercicio de la libertad de expresión e información ensancha el margen de tolerancia frente a juicios valorativos, apreciaciones o aseveraciones vertidas en esas confrontaciones, cuando se actualice en el entorno de temas de interés público en una sociedad democrática. Bajo esa premisa, no se considera transgresión a la normativa electoral la manifestación de ideas, expresiones u opiniones que, apreciadas en su contexto, aporten elementos que permitan la formación de una opinión pública libre, la consolidación del sistema de partidos y el fomento de una auténtica cultura democrática, siempre que no se rebasen los límites constitucional y legalmente establecidos. Tratándose del debate político en un entorno democrático, es indispensable la libre circulación de ideas e información en relación al actuar de los gobiernos, candidatos y partidos políticos por parte de los medios de comunicación, de los propios partidos y de cualquier persona que desee expresar su opinión u ofrecer información. En este contexto, la protección a la libertad de expresión se debe extender no solamente a informaciones o ideas generalmente aceptables o neutrales, sino también a las opiniones o críticas severas. En tal virtud, los gobernantes, actores políticos y autoridades están sujetos a la aceptación de una crítica severa, cáustica, incómoda o desagradable, en un marco de apertura, pluralismo y tolerancia de ideas, opiniones y juicios.

El Tribunal Electoral concluye que las expresiones denunciadas constituyen elementos propagandísticos, a través de los cuales el partido político denunciado pretende ganar adeptos frente a la ciudadanía, lo que resulta natural dentro de toda contienda electoral, sin que se pueda concluir que tales expresiones o datos aritméticos o estadísticos,

por sí mismos constituyan afirmaciones vejatorias, denigrantes o calumniosas, en contra del recurrente⁹⁰.

Dentro de la sentencia anteriormente planteada se establece un margen amplio de respeto a la libertad de expresión mencionando que como limitante se encuentra a la norma constitucional. Eso apoya los preceptos que ha ratificado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en varias ocasiones, en donde se ha establecido que:

De particular importancia es la regla según la cual la libertad de expresión debe garantizarse no sólo en cuanto a la difusión de ideas e informaciones recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también en cuanto a las que ofenden, chocan, inquietan, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población⁹¹. Así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática⁹²

Desde una perspectiva personal considero que la jurisprudencia mexicana toma en cuenta tanto las limitantes constitucionales como las establecidas dentro de los órganos internacionales. Se debe comprender que la libertad de expresión dentro del periodo electoral constituye una herramienta fundamental para que los ciudadanos puedan observar quien merece realmente pertenecer al sector público. Dentro de la jurisprudencia se debe apreciar la lógica planteada al establecer que dentro del debate político la circulación de ideas es indispensable y que por lo mismo los actores políticos y autoridades deben y van a estar expuestos a críticas severas, incómodas o desagradables lo cual es parte de la tolerancia que debe existir en los procesos democráticos. No obstante, creo que este juicio cambiaría si se hubiese comprobado que las aseveraciones fueron denigrantes o calumniosas ya que la Constitución Mexicana si contempla a dichos limites dentro del periodo de campaña electoral. Desde mi perspectiva, también debo recordar que los derechos no pueden ser absolutos; por ello, se deben brindar regulaciones a la libertad de expresión en época de

⁹⁰Consejo Federal del Instituto General Electoral. Caso Federico Jesús Reyes Heróles González Garza y otros. Causa No. SUP-JDCdc-1774/2012. Sentencia del 29 de junio de 2012.

⁹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Herrera Ulloa. *Óp.cit*, párr. 69; Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr.105.

⁹² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Herrera Ulloa. *Óp.cit*, párr. 113; Caso de "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile *Óp.cit*, párr. 69.

campaña electoral cuando se denigra o se calumnia a las personas. Obviamente, dicho análisis deberá regirse al debido proceso y concordar tanto con la normativa nacional como internacional. Quien está llamado a decidir en última instancia dentro de casos controversiales como el anterior es el Juez.

Otra resolución importante que brinda luces al ejercicio de la libertad de expresión es la descrita a continuación:

El recurso fue interpuesto por un partido político para controvertir el oficio emitido por el Director de Fiscalización de Recursos de los Partidos Políticos del Instituto Federal Electoral, por medio del cual desahogó la consulta planteada por el partido recurrente, relativa a la posibilidad de que los candidatos a Senadores y Diputados por el principio de representación proporcional, en el proceso electoral federal 2011-2012, pueden realizar gastos por concepto de campaña electoral, y de ser así, a qué normatividad y procedimiento de comprobación se encuentran sujetos.

La Sala Superior consideró [...] [que] Para el caso del derecho a ser votado, esa interrelación con el derecho a votar, se significa porque los partidos políticos y los candidatos, sin que importe si son electos por el principio de mayoría relativa o el de representación proporcional, tienen derecho a ejercer su libertad de expresión y, por ello, realizar campañas electorales.

Al reconocer que los candidatos que participan en el proceso electoral federal y son electos por el principio de representación proporcional también tienen derecho a realizar campañas electorales y los ciudadanos a conocer de la identidad de dichos candidatos y sus propuestas, se potencian los derechos político electorales de votar y ser votado y, al propio tiempo, la libertad de expresión y, en consecuencia, el derecho a la información. De esa forma se da plenitud a la fuerza expansiva de los derechos humanos implicados.

Respecto a la regulación, los diputados y senadores a elegir por el principio de representación proporcional se deben sujetar a las determinaciones que, en el ejercicio de su derecho a la auto-organización y autorregulación, determine cada partido político nacional.

Los actos de campaña que realicen los candidatos a diputados y senadores por el principio de representación proporcional, como sucede con respecto de los demás candidatos y los partidos políticos, están sujetos a los principios y reglas que imperan en la materia, como lo es que no ataquen la moral, los derechos de tercero, provoquen algún delito o perturben el orden público y la paz pública, no denigrar a las instituciones o calumniar a las personas; sujetarse a los principios y reglas previstos en materia de radio y televisión para las campañas electorales, así como a

las previstas para la rendición de cuentas de los gastos ejercidos por los partidos políticos durante el desarrollo de las campañas políticas⁹³.

Frente al recurso interpuesto en el cuál se discute si los candidatos a Senadores o Diputados pueden realizar gastos por concepto de campaña electoral, y de ser así, a qué normatividad y procedimiento de comprobación se encuentran sujetos se establecieron varios puntos centrales. Por ejemplo, el derecho que tienen dichos sujetos a realizar sus campañas electorales para de esta manera potenciar los derechos políticos, el derecho a la libertad de expresión y, en consecuencia, el derecho a la información. Asimismo, se tomó en cuenta que las restricciones a los actores de las contiendas electorales estarán sujetas a la normativa interna que reconoce varios valores democráticos como el reconocimiento de los derechos de terceros o la rendición de cuentas de los gastos dentro de las campañas electorales, etc.

Otro caso interesante analizado dentro de la jurisprudencia mexicana se establece con respecto a la promoción de los debates políticos dentro de este periodo.

El asunto fue promovido por diversos partidos para impugnar el acuerdo dictado por el Instituto Federal Electoral, por el cual estableció las bases y lineamientos para la celebración de debates entre candidatas y candidatos a cargos de elección popular en el proceso electoral federal 2011-2012 y sobre la opción de celebrar más debates entre los candidatos a la Presidencia de la República, a los establecidos en la normativa electoral. El Tribunal Electoral sostuvo que las reglas que en determinado momento pueda interpretar o dictar el Instituto Federal Electoral en materia de debates, no sólo deben comprender el respeto y cumplimiento puntual de los principios rectores de la función electoral, sino también las prohibiciones de carácter constitucional.

Conforme al actual régimen jurídico los deberes jurídicos en materia político-electoral relacionados con la asignación de tiempo en radio y televisión, previstos en la Constitución, corresponde exclusivamente al Instituto Federal Electoral y no puede ser sustento jurídico de ese órgano administrativo electoral para poder regular situaciones no previstas con relación a la posibilidad reglada, específicamente, respecto de celebración de debates, porque ello está regido por las prescripciones normativas incluidas por el legislador ordinario en la norma secundaria. En este contexto es claro que el legislador únicamente estableció un deber jurídico para los permisionarios públicos, de transmitir dos debates, sin que del análisis de la normativa antes citada se advierta diversa obligación. Sin embargo, ello no implica que se puedan organizar cuantos debates los candidatos quieran. Respecto a la potencialización de

⁹³ Consejo Federal del Instituto General Electoral. Causa no. SUP-RAP-251/2012. Sentencia del 06 de junio de 2012.

los derechos humanos, la ley nacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relacionados con los derechos de libertad de expresión, información y los derechos políticos de los ciudadanos, no permiten concluir que la autoridad electoral y los permisionarios públicos en radio y televisión, tengan un deber jurídico diverso o mayor al establecido en los propios ordenamientos, de ahí que no se puede partir de la maximización de un derecho humano para crear diversos supuestos a los establecidos en la legislación ordinaria⁹⁴.

Conuerdo con la sentencia respecto a que las regulaciones establecidas deben también regirse a las prohibiciones constitucionales y que frente a ello el legislador ha establecido la transmisión de dos debates sin que ello conlleve a una limitación a la libertad de expresión. Esto debido a que el Estado debe mantener un órgano competente y regulador de control frente a estos procesos; y, es solo lógico pensar que las competencias recaigan dentro del Instituto Nacional Electoral quien a fin de cuentas será quien establezca las limitantes. No obstante, este órgano deberá actuar basándose en principios democráticos que busquen el mejor interés de los ciudadanos.

3.1.1.2. Argentina:

Cuando analizamos el tema de la libertad de expresión en campaña electoral el sistema electoral argentino cobra relevancia si se conoce que Argentina a pesar de ser un país Federal, dentro de su Constitución, no brinda la reglamentación general de los procesos electorales como si lo hacia México. Esto nos lleva a observar que a pesar de que dos países pueden tener una semejante organización política no necesariamente significa que la normativa interna tendrá una misma forma de analizar distintos temas. La Constitución argentina en el art. 37 reconoce los derechos políticos de los ciudadanos al estipular que

garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia, el sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio.

⁹⁴ Consejo Federal del Instituto General Electoral. Causa no. SUP-RAP-251/2012. Sentencia del 28 de marzo del 2012.

La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral.

Sin embargo, el ejercicio reglamentado de la forma en la que se debe proceder dentro del periodo de campaña electoral se encuentra reconocido dentro del Código Nacional Electoral, en el cual se han modificado ciertos establecimientos en base a la Ley 26.571, lo que posee cierta similitud con la forma en la que manejamos los derechos políticos dentro del Ecuador. Puesto que si bien tenemos a la Constitución como norma suprema el desglose de las normas dentro del periodo electoral se encuentra recogido en el Código de la democracia y mediante procesos constitucionales se derogaron ciertos establecimientos.

Ahora bien, en Argentina el órgano competente para la aplicación del Código Nacional Electoral es la Justicia Nacional Electoral quien a su vez contiene juzgados federales en cada distrito electoral y un único Tribunal de apelaciones que es la Cámara Nacional Electoral.

3.1.1.2.1. Normativa

Para el presente análisis nos interesan ciertos artículos de la Ley No 26.571 llamada la Ley De Democratización de la Representación Política, la Transparencia y la Equidad Electoral. En ella se establecen ciertas normativas dentro de las cuales se regulan los periodos electorales. La importancia de esta ley radica en que se brindan ciertas limitantes a la promoción y difusión de ideas mediante la propaganda electoral. Con posteridad se podrá observar lo que ha dicho el órgano competente de la normativa que se cita a continuación.

Art 31. La campaña electoral de las elecciones primarias se inicia treinta (30) días antes de la fecha de los comicios. La publicidad electoral audiovisual puede realizarse desde los veinte (20) días anteriores a la fecha de las elecciones primarias. En ambos casos finalizan cuarenta y ocho (48) horas antes del inicio del acto electoral.

Art 34. Las agrupaciones políticas y sus listas internas no pueden contratar en forma privada, publicidad en emisoras de radiodifusión televisiva o sonora abierta o por suscripción para las elecciones primarias.

Si una agrupación política contratara publicidad en emisoras de radiodifusión televisiva o sonora abierta o por suscripción, será sancionada con la pérdida del derecho de recibir contribuciones, subsidios y todo recurso de financiamiento público anual, por un plazo de uno (1) a cuatro (4) años, y los fondos para el financiamiento público de las campañas electorales por una (1) a dos (2) elecciones de aplicación en la elección general correspondiente.

Si una emisora, ya sea televisiva o sonora, contratara o emitiera publicidad electoral, en violación al presente artículo, será considerado falta grave, siendo pasibles de las sanciones previstas por el artículo 106 de la Ley 26.522, notificándose a sus efectos a la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual. Los precandidatos y el responsable económico financiero de la lista interna que contrataren publicidad en violación al primer párrafo del presente artículo, serán solidariamente responsables y pasibles de una multa de hasta el cuádruplo del valor de la contratación realizada.

Art 35. La Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior distribuirá por sorteo público con citación a las agrupaciones políticas que participen en las elecciones primarias, los espacios de publicidad electoral en emisoras de radiodifusión, sonoras, televisivas abiertas y por suscripción, según lo dispuesto en la Ley de Financiamiento de los Partidos Políticos.

Las agrupaciones políticas distribuirán, a su vez, tales espacios en partes iguales entre las listas internas oficializadas.

Art 37. Treinta (30) días después de finalizada la elección primaria, cada agrupación política que haya participado de la misma, debe realizar y presentar ante el juzgado federal con competencia electoral que corresponda, un informe final detallado sobre los aportes públicos recibidos y privados, discriminados por lista interna con indicación de origen y monto, así como los gastos realizados por cada lista, durante la campaña electoral. El informe debe contener lo dispuesto para las campañas generales regulado en la Ley de Financiamiento de los Partidos Políticos, y será confeccionado en base a la información rendida por las listas internas que cumplieren con lo dispuesto en el artículo precedente, indicándose asimismo las que no lo hubieren hecho.

Al respecto se puede aseverar que la normativa argentina si bien brinda garantías a los ciudadanos también establece ciertas restricciones que dependiendo de cómo se las observe nos pueden o no parecer atentatorias frente al derecho de libertad de expresión. Al respecto, concuerdo con algunas regulaciones normativas; por ejemplo, parece coherente el que exista una temporalidad para el periodo de campaña electoral ya que se busca salvaguardar la equidad dentro del proceso democrático. Con respecto, del Art 34 en donde se establece que las agrupaciones políticas y sus listas internas no pueden contratar en forma privada, publicidad en emisoras de radiodifusión televisiva o sonora abierta me parece que son

regulaciones que van de la mano con el hecho de que existe un órgano de control público encargado de la asignación publicitaria. En consecuencia, la Dirección Nacional Electoral distribuirá por sorteo público los espacios de publicidad tal y como se contempla en el Art 35. Finalmente, frente al Art 37 concuerdo con la revisión por parte del órgano competente de los aportes públicos recibidos y privados en referencia a los partidos políticos. Esto ciertamente guarda coherencia con el derecho a la rendición de cuentas de la cual se benefician los ciudadanos. Personalmente, creo que ninguna de las disposiciones anteriormente mencionadas es contraria a los principios reconocidos en el Art 13. De la CADH.

3.1.1.2.2. Jurisprudencia argentina

Frente a la Jurisprudencia con respecto a los periodos de campaña electoral y los derechos que se deben considerar dentro de esta época la Cámara Nacional Electoral ha producido amplios aportes.

Uno de ellos es precisamente el establecido frente a la justificación de las limitantes de temporalidad que deben poseer las campañas electorales.

Se dijo [...] que era un objetivo “poner en igualdad de oportunidades a quienes cuentan con pocos recursos y a aquellos que poseen grandes aparatos [...] y abultados fondos [...] con los que durante un año o un año y medio pueden desarrollar sus campañas electorales. Lo importante, se explicó, es que la democracia genere los mecanismos de corrección necesarios -a través de este tipo de leyes- para que el sistema se desarrolle en un marco de competitividad real”. En tal sentido, se aclaró: cuando disponemos que se puede hacer publicidad solamente por treinta días [...] buscamos [...] que compitan en un marco de mayor igualdad de oportunidades los partidos que tienen más fuerza política y, por ende, económica, con aquellos que tienen menos.

De otro modo -se dijo- pueden afectarse las condiciones mismas de la competencia y, por ende, el sistema partidario. Lo peor de todo es que la propia credibilidad y legitimidad de la democracia son las que pueden quedar profundamente dañadas” [...] en consecuencia, examinadas esas normas a la luz de las opiniones de los legisladores y desde las perspectiva expuesta en los considerandos 7° y 8°, resulta que si [...] se computan directamente los plazos de campaña tal como están previstos, teniendo en cuenta el propósito -de captación o no del sufragio (cf. arts. 64 bis; 64 ter y cc.)- de la actividad desarrollada en el marco de un proceso electoral -determinado por la convocatoria pertinente- no se contraría ni destruye disposición alguna de la legislación vigente, sino más bien, se atiende a su real entidad,

haciendo efectiva la intención del legislador, a la que ya se ha hecho alusión, y respetando el espíritu de las normas en cuestión⁹⁵.

Como se observa dentro de la jurisprudencia, se debe actuar en coherencia a la ley la cual expone la potestad administrativa del Estado regulando la temporalidad que puede tener el periodo de campaña electoral. De hecho, dicho fallo, hace que tomemos en consideración la visión de que el Estado puede establecer este tipo de limitantes dentro de su jurisdicción. Sin que ello, signifique el menoscabo de los derechos que tienen los actores políticos para la generación de propaganda política. Encuentro que existe racionalidad en la normal al creer que si los periodos de campaña electoral fuesen indefinidos existiría una gran desventaja entre los actores políticos. Asimismo, los ciudadanos estarían bombardeados de publicidad electoral de aquellos candidatos que pueden costear una campaña electoral más larga, lo cual también podría implicaría un incremento del presupuesto que se puede utilizar.

Ahora bien, con el respecto al tema de asignaciones de espacios de publicidad por parte del Consejo Nacional Electoral argentino, ya que se prohíbe la contratación privada de ciertos modos de difusión, se estableció un fallo muy importante al corroborar que los ciudadanos tienen el derecho de observar si dichas asignaciones presupuestarias para promoción política fueron realizadas de la manera adecuada.

En este pronunciamiento, que llega a conocimiento del Tribunal por un recurso directo interpuesto por una alianza electoral, en los términos del art. 71 bis de la ley 26.571, que cuestionaba la actividad de la Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior en materia de distribución de espacios de publicidad electoral, se admite la procedencia del recurso directo, entendiendo que la vigencia de un Estado de derecho presupone que toda violación de la legalidad, debe ser susceptible de cuestionamiento ante un tercero imparcial que tenga a su cargo el ejercicio de la función jurisdiccional.

Además, se destaca que dada la importancia de que las agrupaciones políticas cuenten con la posibilidad de fiscalizar el sistema informático con el que la Dirección Nacional Electoral efectúa la asignación y distribución de los espacio de publicidad electoral, ese

⁹⁵ Consejo Nacional Electoral Argentino. Fallo No. 3181/2003. Sentencia del 17 de julio del 2003.

organismo debe poner el software de referencia con la debida antelación a la fecha del sorteo de los espacios publicitarios para que estas puedan realizar el debido control⁹⁶

Esto nos demuestra que en otros países diferentes al Ecuador las autoridades electorales se encuentran sometidas a un efectivo control ciudadano en el cual se busca observar el correcto funcionamiento de las acciones que toma el órgano competente. Esto, es lo más lógico, si pensamos que el Estado así como deberes tiene obligaciones que necesariamente deberán estar enmarcadas en la ley, es decir sus actuaciones deberán regirse al principio de legalidad.

3.1.1.3. Colombia

El estudio del Derecho Comparado Colombiano es imprescindible para el presente análisis. El gran interés por este análisis surge a partir de ciertos estándares que han brindado la normativa y jurisprudencia colombiana. En ellos se puede divisar un gran desarrollo y una producción de importantes precedentes. Principalmente recordemos que Colombia ha desarrollado un estudio muy minucioso de distintos temas a partir de la Corte Constitucional.

Se debe conocer que el órgano competente encargado del control y regulación de los periodos electorales es el Consejo Nacional Electoral Colombiano. Sus competencias nacen de la Constitución que brinda los estándares constitucionales y de distintas leyes como son: la ley 996 producida el 2005 para control de las elecciones presidenciales, la ley 130 De 1994 del estatuto básico de los partidos y movimientos políticos y del Decreto 2241 de 1986 del código electoral. Dichas leyes, a su vez, brindan un control interno mediante normativa secundaria.

⁹⁶ Consejo Nacional Electoral Argentino. Fallo No. 4629/2011. Sentencia del 08 de mayo del 2011.

Dentro del rango constitucional se analizan las atribuciones de competencias del Consejo Nacional Electoral en el art. 265. Los mandatos más importantes de este artículo son los siguientes.

El Consejo Nacional Electoral regulará, inspeccionará, vigilará y controlará toda la actividad electoral de los partidos y movimientos políticos, de los grupos significativos de ciudadanos, de sus representantes legales, directivos y candidatos, garantizando el cumplimiento de los principios y deberes que a ellos corresponden, y gozará de autonomía presupuestal y administrativa. Ejercer la suprema inspección, vigilancia y control de la organización electoral. Distribuir los aportes que para el financiamiento de las campañas electorales y para asegurar el derecho de participación política de los ciudadanos, establezca la ley.10. Reglamentar la participación de los Partidos y Movimientos Políticos en los medios de comunicación social del Estado.

3.1.1.3.1. Normativa

Ahora bien, dentro del control de rango legal se desglosan otras atribuciones otorgadas al Consejo Nacional Electoral alguna de ellas son

Ley 996 producida el 2005 para control de las elecciones presidenciales,

Art 20. Reglamentación. El Consejo Nacional Electoral reglamentará lo referente al sistema único de información sobre contabilidad electoral, presentación de cuentas, período de evaluación de informes, contenido de informes, publicidad de los informes, sistema de auditoría y

Art 21. Vigilancia de la campaña y sanciones. El Consejo Nacional Electoral podrá adelantar en todo momento, auditorías o revisorías sobre los ingresos y gastos de la financiación de las campañas. Con base en dichos monitoreos o a solicitud de parte, podrá iniciar investigaciones sobre el estricto cumplimiento de las normas sobre financiación aquí estipuladas. De comprobarse irregularidades en el financiamiento se impondrán sanciones de acuerdo con la valoración que hagan de las faltas, en el siguiente orden:

1. Multas entre el uno por ciento (1%) y el diez por ciento (10%) de los recursos desembolsados por parte del Estado para la respectiva campaña.
2. Numeral condicionalmente exequible, Congelación de los giros respectivos.
3. En caso de sobrepasar el tope de recursos permitidos, bien por recibir donaciones privadas mayores a las autorizadas, o por superar los topes de gastos, se podrá imponer la devolución parcial o total de los recursos entregados.

4. En el caso del ganador de las elecciones presidenciales, el Congreso podrá decretar la pérdida del cargo según el procedimiento contemplado para las investigaciones y juicios por indignidad política.

Ley 130 De 1994 del Estatuto Básico De Los Partidos Y Movimientos Políticos

Art 39. Funciones del Consejo Nacional Electoral .El Consejo Nacional Electoral tendrá las siguientes funciones, además de las que le confiere la Constitución, el Código Electoral y la legislación vigente.

a) Adelantar investigaciones administrativas para verificar el estricto cumplimiento de las normas contenidas en la presente ley y sancionar a los partidos, movimientos y candidatos con multas cuyo valor no será inferior a nueve millones quinientos sesenta y un mil setecientos ochenta y tres pesos (9.561.783) moneda legal colombiana, ni superior a noventa y cinco millones seiscientos diecisiete mil ochocientos veinticinco pesos (95.617.825) moneda legal colombiana, según la gravedad de la falta cometida. Las violaciones atribuibles a otras personas serán sancionadas con multas aplicables dentro de los límites aquí establecidos. Para la imposición de estas sanciones, el Consejo formulará cargos y el inculcado dispondrá de un plazo de quince (15) días para responderlos.

En ejercicio de la función de vigilancia atribuida por esta ley, el Consejo Nacional Electoral podrá constituir tribunales o comisiones de garantías o vigilancia, ordenar y practicar pruebas, revisar libros y documentos públicos y privados e inspeccionar la contabilidad de las entidades financieras;

- b) Citar personas para que rindan testimonio y presenten informes relacionados con el cumplimiento o ejecución de las leyes mencionadas;
- c) Emitir conceptos interpretando las disposiciones legales mencionadas; y
- d) Fijar las cuantías a que se refiere esta ley.

Decreto 2241 de 1986 del Código Electoral

Art 12. EL Consejo Nacional Electoral ejercerá las siguientes funciones:

[...]8. Conocer y decidir de los recursos que se interpongan contra las decisiones de sus Delegados para los escrutinios generales, resolver sus desacuerdos y llenar sus vacíos y omisiones en la decisión de las peticiones que se les hubieren presentado legalmente.

9. Reunirse por derecho propio cuando lo estime conveniente.

10. Expedir su propio reglamento de trabajo.

Si bien el Consejo Electoral tiene competencias para el control y reglamentación establecida para los procesos dentro de las campañas electorales. La Corte Constitucional Colombiana ha trabajado sobre temas específicos que nos interesan dentro del presente estudio. La libertad de expresión ha sido una de los campos en donde la Corte ha generado fallos interesantes.

3.1.1.3.2. Jurisprudencia colombiana

Frente al derecho a constituir partidos, movimientos políticos, su titularidad y derechos, la Corte Constitucional Colombiana se ha pronunciado sobre un aspecto muy importante dentro de la campaña electoral que es precisamente la propaganda negativa. En este criterio jurisprudencial se debe considerar que la posición de la Corte Constitucional frente a los límites de la libertad de expresión en caso de que exista propaganda negativa hacia otros candidatos no es privativa, salvo en casos en donde la propaganda llegue a lesionar a otros. Para ello, ha expuesto en una de sus sentencias que

La prohibición de la denominada propaganda negativa, aunque enderezada a propiciar entre las fuerzas que ingresan a la contienda electoral un clima de lealtad, introduce una limitación inconstitucional a la libertad de expresión y al derecho de difundir libremente las ideas y programas. Fuera de que la Constitución y la ley de suyo no dan abrigo a la difamación y sancionan el abuso de estas dos libertades esenciales en el sistema democrático, no parece razonable que los partidos y movimientos se vean privados de referirse y descalificar tanto los programas de sus émulos como las personas que los encarnan. Salvo que la publicidad tenga connotaciones que por lesionar la honra y la intimidad de las personas, no se puedan sustentar en la libertad de expresión, se mutila innecesariamente el debate político y el ejercicio de la oposición, si éstos no pueden extenderse a las personas de los candidatos, cuya consideración no es indiferente para el electorado. Si bien a este respecto la ley puede prevenir abusos e introducir restricciones razonables, la genérica interdicción que se plasma en la norma va más allá de ese propósito.⁹⁷

Como bien destaca la Corte, podrán presentarse limitaciones legítimas frente al derecho de libertad de expresión dentro del periodo de campaña cuando se busque la protección de la honra e intimidad de las personas. No obstante, se advierte que si este derecho es coartado se podría atentar contra el debate político y el ejercicio de oposición. Es necesario mencionar la Corte Constitucional Colombiana considera que no es razonable el privar a las personas de su ejercicio de libertad de expresión siempre que dichas críticas no atenten contra otros principios reconocidos en la Constitución. En mi opinión, si se restringe la producción de cualquier crítica o denuncia, dentro de este periodo, se puede restringir gravemente el derecho que tienen los ciudadanos de estar informados y sobretodo de construir un juicio crítico frente a quien en un futuro los podría gobernar.

⁹⁷ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia No. C-089/94. Sentencia del 3 de marzo de 1994.

Ahora bien, frente a las limitaciones establecidas puntualmente a la libertad de expresión se debe observar que las restricciones no pueden ser potestades discrecionales del Estado; al contrario, ellas deberán enmarcarse al respeto íntegro del marco constitucional y del marco internacional. Es interesante observar criterios de la Corte Constitucional Colombiana frente a las restricciones de este derecho y cuando serán oportunas. Al respecto se ha mencionado que

La libertad de expresión puede ser objeto de limitaciones cuando resulta indispensable para garantizar el orden público en un lugar específico del territorio. No obstante, en ningún evento es válida una restricción genérica, abstracta e indeterminada, soportada en la afectación del orden público o la seguridad, no solo por parte del legislador sino de cualquier otra autoridad, razón por la cual toda medida de limitación deberá contar con los siguientes elementos: (i) adecuación, puesto que debe constituir un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente imperioso; (ii) necesidad, en otras palabras, se analiza si la limitación es o no indispensable o si se puede obtener un resultado similar con un sacrificio menor de principios constitucionales y que tenga la virtud de alcanzar el fin propuesto; y (iii) proporcionalidad, para identificar si la limitación no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los resguardados con el acto condicionante del derecho a la libertad de expresión y conexos.⁹⁸

Por ello, si bien es cierto que puede existir una autorización relativamente amplia (limitación a la libertad de expresión por razones de seguridad u orden público), también lo es que únicamente puede materializarse el condicionamiento cuando medie otra norma de carácter específico que desarrolle esa autorización en forma previa, clara y explícita (ordenanza, acuerdo, etc.), que además responda a los parámetros anteriormente señalados.⁹⁹

En Colombia el análisis realizado por la Corte refleja de cierta manera la utilización del test tripartito mencionado en el segundo capítulo. Esto da muestras de que realmente el derecho a la libertad de expresión puede ser analizado desde el derecho constitucional; siempre y cuando, se respete tanto el derecho interno como el ámbito internacional buscando la protección del derecho pro homine. Es de suma importancia reconocer que existe jurisprudencia vecina que nos puede ayudar a desarrollar el derecho constitucional interno. Dentro de la sentencia, anteriormente analizada, se establece una limitación de la cual ya se habló con anterioridad que es el respeto al Orden Público. No obstante, para que esta

⁹⁸ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-948 de 2008. Sentencia del 23 de abril del 2008.

⁹⁹ Corte Constitucional Colombiana. Sentencias C-045/96. Sentencia del 8 de febrero de 1996

limitación sea racional y legítima deberá cumplir con los requisitos de legalidad, necesidad y objetividad como se establece dentro del test.

Por otro lado, se debe reconocer que inevitablemente existirá diversidad de criterios dentro del periodo electoral. Al respecto, se debe mencionar que dicha pluralidad debe estar salvaguardada por el reconocimiento de la libertad de expresión en democracia y sobre todo por la prohibición de la censura previa. Como se explica a continuación el hecho de que existan diversas fuentes de información enriquece el proceso electoral ya que brinda a los ciudadanos una perspectiva más objetiva de los candidatos.

La pluralidad de fuentes informativas contrapuestas, y la apertura a las diversas corrientes de opinión e ideas garantizan a los ciudadanos la posibilidad de ponderar opiniones ideológicas diversas e incluso contrapuestas. Dispondrán, así, de la materia prima para formar su opinión u opiniones, para su posterior manifestación o difusión, iniciándose el proceso de debate y de toma de posturas, donde, como apunta Habermas, “los flujos de comunicación quedan filtrados y sintetizados de tal suerte que se condensan en opiniones públicas agavilladas en torno a temas específicos”¹⁰⁰

Para concluir con el análisis de cierta normativa y jurisprudencia internacional se debe mencionar que dependiendo de los Estados se impondrán las normas referentes al periodo de campaña electoral. No se puede dejar de lado que como se ha observado todos los países analizados tienen restricciones encuadradas a evitar que se cometan abusos dentro del periodo de campaña electoral. Si estudiamos más detenidamente podemos también constatar que en materia de interpretación existen muchos países que mediante sus jueces realmente hacen un análisis minucioso de las restricciones que se imponen a la libertad de expresión en materia electoral.

Muchas de las jurisprudencias analizadas muestran que la interpretación normativa interna de cada estado debe estar concordar con las normas y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De igual manera hemos leído sentencia que expone que la propaganda negativa en contra de ideas u opiniones no debe observarse ni juzgarse como abuso ya que los ciudadanos debe acceder a la información; por ende , a los medios de comunicación para fortalecer el sistema democrático. Con ello, quiero decir que mediante la normativa y jurisprudencia de otros países he podido observar que desde una perspectiva internacional la protección de la libertad de expresión en este periodo es importantísima. Si

¹⁰⁰JUBER, Habermas. *Facticidad y validez* , Valladolid, Trotta, 1998, p. 440

bien debería estar restringida lo menos posible, en caso de que se lo haga se deberá contar con los elementos suficientemente legítimos que de cierta manera representan los elementos plasmados en el test tripartito.

3.1.2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Con respecto a la libertad de expresión en época de campaña electoral los organismos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se han enfocado en brindar ciertos criterios importantes con respecto a la libertad de participación, información, difusión, etc. dentro del periodo de campaña electoral.

Por un lado encontraremos informes emitidos por la Relatoría de la Libertad de expresión; y, por el otro en centraremos jurisprudencia y ciertas opiniones consultivas concernientes a este tema.

3.1.2.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión establecida en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha pronunciado con respecto al ejercicio de este derecho en época de campaña electoral.

Para ello analizó el tema dentro del Informe Anual De La Relatoría Para la libertad de expresión del año 2005. Dentro del capítulo sexto abordó el tema: Libertad De Expresión Y Procesos Electorales: El Caso De Las Encuestas De Opinión Y Los Sondeos De Boca De Urna.

En el presente informe mencionado se establecen ciertos criterios de personajes y analistas destacados que resaltan la importancia del periodo electoral para una sociedad democrática. Uno de ellos es el historiador, filósofo y político italiano Norberto Bobbio, quien observa a la democracia como:

"un conjunto de reglas procesales para la toma de decisiones colectivas en el que está prevista y propiciada la más amplia participación posible de los interesados".¹⁰¹ De este modo, la concreción de la democracia supone, en primer término, la realización de actos de voluntad por parte de los ciudadanos. En segundo término, esos actos de voluntad deben ser asumidos con libertad. Y finalmente, esas decisiones, que se materializan en las elecciones, demandan la participación de la mayor cantidad posible de ciudadanos.¹⁰²

Creo firmemente que para que los actos de voluntad de la ciudadanía sean asumidos con libertad dentro del periodo de campaña electoral, como se establece anteriormente, es obligación del Estado no poner trabas a las herramientas que permitan a los ciudadanos actuar con la mayor libertad posible dentro de este periodo, es decir se debe regular los procesos buscando garantizar de la forma más amplia y legítima los derechos de la ciudadanía. Esto se traduciría a tener en cuenta que los ciudadanos necesitan la mayor cantidad de fuentes de información posibles y que esta información pueda ser debatida y cuestionada tanto por ellos como por los candidatos en una campaña electoral.

Es imprescindible hablar en este punto de que la difusión de ideas dentro del periodo de campaña electoral es realizado por medios de comunicación ya que son ellos los que tienen la posibilidad de difundir masivamente la información. Por lo mismo, creo que deben ser los encargados de buscar difundir dicha información de manera responsable y enfocada en el fortalecimiento de la democracia. A continuación se describen varias maneras del cómo poner esto en práctica.

La Relatoría ha reiterado en varias oportunidades que los medios de comunicación fortalecen la democracia a través del ejercicio de la libertad de expresión.¹⁰³ Durante los procesos electorales, los medios pueden fomentar la participación pública – algo esencial en el desarrollo democrático – de distintas maneras: informando sobre el desempeño del gobierno, orientando a los electores sobre como ejercer sus derechos, dando cuenta del desarrollo de las campañas, ofreciendo una plataforma para que los partidos políticos difundan su mensaje entre el electorado y permitiendo que los candidatos debatan entre sí.¹⁰⁴

¹⁰¹ BOBBIO, NORBERTO, *El futuro de la democracia*. Plaza & Janes 1985, pp. 12.

¹⁰² Corte Suprema de Justicia de Paraguay, Sala Constitucional, Acuerdo y sentencia número 99, del 5 de mayo de 1998. parr. 4.

¹⁰³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Anual 2001, Vol. II “Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión”, Introducción, OEA/Ser. L/V/II. 114, Doc. 5 rev. 1.

¹⁰⁴ Proyecto ACE. “Elecciones y Medios”. Acceso: <http://www.aceproject.org/main/espanol/me/me.htm>.(acceso 02/02/14)

Muchas veces la privación del ejercicio de libertad de expresión no es dirigida a particulares sino a los medios de comunicación masivos porque son ellos los que tienen el poder de difundir y llegar a la mayoría de ciudadanos. Es por ello, que la sociedad civil debe observar que cuando existen muchas restricciones a los medios de comunicación esto se traduce en restricciones de los derechos de los ciudadanos. Con esto no quiero expresar que los medios de comunicación no deben tener responsabilidad alguna sobre lo que difunden sino que los medios deben estar sujetos a responsabilidades ulteriores, proporcionales y legítimas en caso de que abusen del ejercicio de la libertad de expresión. De cualquier manera, desde mi punto de vista personal creo que es preferible tener a una ciudadanía informada, en donde exista una cuestionada crítica, a una sociedad restringida y privada de información que el Estado considere peligrosa.

3.1.2.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su lado, ha producido distinta jurisprudencia en referencia a las restricciones de la libertad de expresión en época de campaña electoral. Mucha de esta jurisprudencia se enfoca a la necesidad de tener distintas fuentes de información libre y no sesgadas por las prohibiciones de los Estados. Para ello, se ha pronunciado al respecto y ha dicho que:

La libertad de pensamiento y de expresión es una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores y un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión.¹⁰⁵

El hecho de poder producir información de distintas fuentes sin restricciones previas permite que las sociedades en tiempo del periodo electoral puedan construir criterios basados en información y no simplemente una subjetividad personal como es el populismo.

¹⁰⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Ricardo Canese vs Paraguay*. *Óp.cit*párr. 88.

Los Estados deberían ser los primeros en confiar en que la información y la difusión de ideas permitirán a los ciudadanos generar un discernimiento en pro de sus intereses. Creo que el trasfondo de las restricciones muchas veces se basa en miedos gubernamentales ya que varias acciones producidas por el Estado pueden traer consigo descredito social. No obstante, debe ser la sociedad civil quien esté alerta de que sus derechos sean respetados y no limitados cada vez más. Recordemos que el cuestionarnos y el generar críticas constructivas demuestran madurez social dentro de una democracia.

De igual forma, la Corte Interamericana ha establecido

que la formación de la voluntad colectiva mediante el ejercicio del sufragio individual se nutre de las diferentes opciones que presentan los partidos políticos a través de los candidatos que los representan. El debate democrático implica que se permita la circulación libre de ideas e información respecto de los candidatos y sus partidos políticos por parte de los medios de comunicación, de los propios candidatos y de cualquier persona que desee expresar su opinión o brindar información. Es preciso que todos puedan cuestionar e indagar sobre la capacidad e idoneidad de los candidatos, así como disentir y confrontar sus propuestas, ideas y opiniones de manera que los electores puedan formar su criterio para votar. Es por este papel fundamental que se le otorga a la libertad de expresión en época electoral, que la Corte Interamericana considera que es indispensable proteger y garantizar este derecho en el debate político que precede a las elecciones de las autoridades estatales que gobernarán un Estado.¹⁰⁶

Se debe considerar que la pluralidad y diversidad de opiniones políticas sustentan el proceso electoral democrático. Es por ello que alentar a que se respeten los diversos criterios que surjan es parte fundamental de unos de los principios más importantes dentro de los Derechos Humanos como es la igualdad y no discriminación. Dentro del Informe Anual De La Relatoría Para la libertad de expresión del año 2005 se nos recuerda el Art 2 de la Declaración de los principios de la libertad de expresión en donde se menciona que todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información

De igual manera, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado al respecto exponiendo que “dentro de una sociedad democrática (es necesario que) se

¹⁰⁶*Id.*, párr. 90.

garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas, opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto”.¹⁰⁷

3.1.3. Corte Europea de Derechos Humanos

Existen otros criterios jurisprudenciales de tribunales internacionales que han analizado la temática de la libertad de expresión en época de campaña electoral. Uno de ellos es precisamente la Corte Europea de Derechos Humanos la cual ha establecido al respecto

Que las elecciones libres y la libertad de expresión forman juntas el cimiento de cualquier sistema democrático.¹⁰⁸ [L]a libertad de expresión es una de las “condiciones” necesarias para “asegurar la libre expresión de opinión del pueblo y, por esta razón, es particularmente importante que las opiniones y la información de toda clase puedan circular libremente en el período que antecede a los comicios.¹⁰⁹

Como observamos se brinda una importancia significativa al ejercicio de este derecho en época de comicios electorales. Se menciona además que la circulación de información es trascendental para que los ciudadanos puedan construir criterios. No obstante, es interesante también considerar que el Tribunal Europeo ha establecido que pueden existir restricciones a este derecho siempre y cuando se enmarquen dentro de ciertos principios que con anterioridad fueron mencionados en el desarrollo del Test Tripartito.

[L]as restricciones a la libertad de expresión están justificadas siempre que estén “prescriptas por ley”, (...) y sean “necesarias en una sociedad democrática”. Con respecto a que las restricciones deben ser “necesarias”, la Corte Europea ha observado que aunque el adjetivo “necesario” no es sinónimo de “indispensable”, no tiene la flexibilidad de aquellas expresiones tales como “admisible”, “ordinario”, “útil”, “razonable” o “deseable” e implica

¹⁰⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, *Óp.cit.*, Opinión Consultiva OC-5/85. *Óp.cit.*, .

¹⁰⁸ Corte EDH, *Caso Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Belgica*. Sentencia de 2 de marzo de 1987, Serie A, No. 113, p.22, párr. 47, y *Caso Lingens c. Austria*. Sentencia del 8 de julio 1986, Serie A, No. 103, párrs. 41-42.

¹⁰⁹ Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Belgica*, *Óp.cit.*, párr. 54.

la existencia de una “necesidad social imperiosa”.¹¹⁰ Para que las restricciones obedezcan a una necesidad social imperiosa deben ser proporcionadas al interés legítimo perseguido.¹¹¹

En comparación con el Sistema Interamericano de derechos humanos es necesario recordar que en ambos las restricciones en última instancia deben perseguir fines legítimos alineados a la consecución de los valores democráticos. Se debe tomar en consideración, además, que si bien los dos sistemas velan por la protección de Derechos Humanos, en el europeo no existe la prohibición explícita de censura previa. Con ello quiero poner a consideración que el ejercicio de los Derechos Humanos también estará supeditado por las obligaciones jurídicas vinculantes que posee cada Estado y cada sistema internacional y regional de derechos humanos.

Para concluir con el análisis del ámbito internacional frente a las regulaciones de la libertad de expresión en época de campaña electoral es necesario mencionar que realmente dichos límites pueden ser reconocidos como legítimos si se encuadran dentro del ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. Para ello, se ha observado en el presente análisis que al respecto se ha producido jurisprudencia tanto nacional como internacional que establece que si bien los Estados están embestidos de una potestad regulatoria para evitar abusos ilegítimos a la libertad de expresión estos no pueden abusar de dichos controles. Por eso, para que no se tomen decisiones arbitrarias, dentro de los países, los actos de abuso de la libertad de expresión en época de campaña electoral deberán pasar por un análisis minucioso del test tripartito. Es alentador observar como en la esfera internacional el análisis de varios casos han servido para explorar cual es el alcance de este test y como se puede aplicarlo dentro del ámbito nacional. Las elecciones si bien son un periodo en donde la libertad de expresión debe ser consagrada no pueden prestarse para vulnerar los derechos humanos de las otras personas mediante el abuso de este derecho. Serán los jueces quienes hagan un análisis profundo frente a las restricciones legítimas utilizando la normativa tanto nacional como internacional. De igual manera, no deberá

¹¹⁰ Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Sunday Times c. Gran Bretaña*, Óp.cit, párr. 59.

¹¹¹ Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Barthold c. Alemania*, Sentencia del 25 de marzo de 1985, Serie A, No. 90, párr. 59.

suponerse que existe una censura previa dentro de este periodo; al contrario, la responsabilidad ulterior deberá ser aplicada en caso de que se compruebe el abuso del derecho.

3.2. Ámbito Nacional

Se debe mencionar que presente trabajo de investigación está enfocado en establecer cuáles son las limitaciones legítimas que se deben plantear para regular el derecho de la libertad de expresión dentro del periodo de campaña electoral en el Ecuador. Por lo mismo, se deben reconocer cuáles son las limitantes utilizadas dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Para ello, es necesario contemplar de manera sucinta cuáles son las características del ordenamiento jurídico que se ha establecido para considerar las regulaciones dentro del periodo de campaña electoral en el Ecuador. Asimismo, se debe mencionar al organismo rector encargado del control de dichas regulaciones dentro de este periodo.

3.2.1. Legislación vigente

Antes que nada se debe conocer la libertad de expresión dentro del periodo de campaña electoral es una herramienta básica de información para el ciudadano ya que constituye uno de los medios por el cual este podrá analizar a conciencia por quién va a votar.

Para que se pueda dar un efectivo ejercicio de este derecho se debe comprender que mediante normas jurídicas las sociedades han logrado regular varios procesos. Uno de ellos constituye la regulación del proceso electoral en épocas de campaña.

Dentro del Ecuador la legislación más importante a mencionar para nuestro estudio debe ser en primer lugar la Constitución. En ella se menciona de manera general que:

Art. 217.- La Función Electoral garantizará el ejercicio de los derechos políticos que se expresan a través del sufragio, así como los referentes a la organización política de la ciudadanía. La Función Electoral estará conformada por el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral. Ambos órganos tendrán sede en Quito, jurisdicción nacional, autonomías administrativa, financiera y organizativa, y personalidad jurídica propia. Se regirán por principios de autonomía, independencia, publicidad, transparencia, equidad, interculturalidad, paridad de género, celeridad y probidad.

Bajo esta competencia delegada dentro de nuestra Constitución se debe conocer que la función electoral está constituida por Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral quienes vienen a establecer una suerte de organismos rectores de los procesos electorales dentro de nuestro país. Por lo mismo, serán los encargados de brindar supervisión a los procesos electorales y emitir resoluciones con respecto a los mismos. Dentro la normativa reguladora nacional es imprescindible conocer la competencia de los dos organismos rectores dentro de los periodos de campaña electoral ya que serán ellos los encargados de generar un cumplimiento de las normas jurídicas referentes a esta materia. Ahora bien, la normativa rectora dentro de estos procesos viene a constituir la Ley orgánica electoral y de organizaciones políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia.

3.2.1.1. Consejo Nacional Electoral

Sus competencias se encuentran delimitadas puntualmente en la Constitución dentro del Art. 219 en el cual se expone lo siguiente:

El Consejo Nacional Electoral tendrá, además de las funciones que determine la ley, las siguientes:

1. Organizar, dirigir, vigilar y garantizar, de manera transparente, los procesos electorales, convocar a elecciones, realizar los cómputos electorales, proclamar los resultados, y posesionar a los ganadores de las elecciones.
- 2 Designar los integrantes de los organismos electorales desconcentrados.
3. Controlar la propaganda y el gasto electoral, conocer y resolver sobre las cuentas que presenten las organizaciones políticas y los candidatos.
4. Garantizar la transparencia y legalidad de los procesos electorales internos de las organizaciones políticas y las demás que señale la ley.
5. Presentar propuestas de iniciativa legislativa sobre el ámbito de competencia de la Función Electoral, con atención a lo sugerido por el Tribunal Contencioso Electoral.
6. Reglamentar la normativa legal sobre los asuntos de su competencia.

7. Determinar su organización y formular y ejecutar su presupuesto.
8. Mantener el registro permanente de las organizaciones políticas y de sus directivas, y verificar los procesos de inscripción.
9. Vigilar que las organizaciones políticas cumplan con la ley, sus reglamentos y sus estatutos.
10. Ejecutar, administrar y controlar el financiamiento estatal de las campañas electorales y el fondo para las organizaciones políticas.
11. Conocer y resolver las impugnaciones y reclamos administrativos sobre las resoluciones de los organismos desconcentrados durante los procesos electorales, e imponer las sanciones que correspondan.
12. Organizar y elaborar el registro electoral del país y en el exterior en coordinación con el Registro Civil.
13. Organizar el funcionamiento de un instituto de investigación, capacitación y promoción político electoral

Consecuentemente, el Consejo Nacional Electoral debe trabajar bajo sus competencias utilizando la norma reguladora para el control de los periodos de campaña electoral en el Ecuador. Las competencias que más nos interesan dentro del presente estudio por parte del Consejo Nacional Electoral son la vigilancia y garantía que deberá brindar a los procesos electorales, así como a la propaganda y al gasto electoral. De igual manera, su competencia recae en la ejecución y administración del financiamiento estatal de las campañas electorales y el fondo que corresponderá a las organizaciones políticas. Finalmente, será quien conozca y resuelva las impugnaciones y reclamos administrativos sobre las resoluciones de los organismos desconcentrados durante los procesos electorales. Las potestades delegadas en la Constitución a este organismo, lo constituyen en uno de los organismos rectores de cualquier proceso electoral dentro del país.

3.2.1.2. Tribunal Contencioso Electoral.

Algunas de sus competencias, a su vez, se encuentran delimitadas puntualmente en la Constitución dentro del Art. 221 en el cual se expone lo siguiente:

El Tribunal Contencioso Electoral tendrá, además de las funciones que determine la ley, las siguientes:

Conocer y resolver los recursos electorales contra los actos del Consejo Nacional Electoral y de los organismos desconcentrados, y los asuntos litigiosos de las organizaciones políticas.

Sancionar por incumplimiento de las normas sobre financiamiento, propaganda, gasto electoral y en general por vulneraciones de normas electorales.

Determinar su Organización, y formular y ejecutar su presupuesto.

Sus fallos y resoluciones constituirán jurisprudencia electoral, y serán de última instancia e inmediato cumplimiento.

Es meritorio señalar que dentro de las competencias de este organismo se encuentran las resoluciones de los asuntos litigiosos en caso de que alguna organización política lo requiera. De igual manera, los fallos se constituirán como jurisprudencia electoral, de última instancia y cumplimiento inmediato. Creo que es fundamental analizar entonces que no existirá otra instancia de impugnación en caso de una resolución de este Tribunal.

No obstante, la Constitución del Ecuador, brinda una especie de acción constitucional adicional que si bien no está descrita dentro del proceso electoral, viene a constituir una garantía constitucional. Con esto quiero decir que en caso de que exista una decisión definitiva del Tribunal Electoral una manera alternativa de que el fallo pueda ser revisado será la acción extraordinaria de protección. Esta garantía constitucional puede ser interpuesta a fallos o sentencias definitivas; no obstante quien será competente de decidir sobre esta, será la Corte Constitucional. Dicha acción está contemplada dentro de nuestra Constitución en el Art. 94, el cual expone lo siguiente:

La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.

Se necesita conocer de estas alternativas constitucionales pues es necesario que nuestra Corte Constitucional comience a generar fallos que brinden jurisprudencia alternativa y garantista de los derechos constitucionales en caso de que los órganos rectores pasen por alto

o no interpreten bien las normas constitucionales y la legislación vigente. Debemos recordar que por el principio de jerarquía normativa la Constitución debe ser el lineamiento principal y rector dentro de cualquier proceso, es decir inclusive dentro de los procesos electorales. De hecho, como se hemos observado a lo largo del estudio, países aledaños han utilizado a la Corte Constitucional como organismo intérprete y veedor del cumplimiento de los derechos dentro de materia electoral.

3.2.1.3. Código de la Democracia.

Como norma rectora dentro de los procesos electorales tenemos a la Ley orgánica electoral y de organizaciones políticas de la República del Ecuador o Código de la democracia. En ella se establecen pautas concretas de la regulación de los procesos electorales dentro del Ecuador. Dicha normativa se desarrolla a partir de varios preceptos constitucionales. Su ámbito de competencia se encuentra establecido en su Art 4, en donde se menciona que:

La presente Ley desarrolla las normas constitucionales relativas a:

1. El sistema electoral, conforme a los principios de proporcionalidad, igualdad del voto, equidad, paridad y alternabilidad entre mujeres y hombres. Además determinará las circunscripciones electorales dentro y fuera del país;
2. Los derechos y obligaciones de participación político electoral de la ciudadanía;
3. La organización de la Función Electoral;
4. La organización y desarrollo de los procesos electorales;
5. La implementación de los mecanismos de Democracia Directa;
6. La financiación y el control del gasto de los partidos y movimientos políticos durante la campaña electoral;
7. Las normas referidas a las Organizaciones Políticas en su relación con la Función Electoral; y,
8. La normativa y los procedimientos de la justicia electoral.

Como se ha expuesto dentro del articulado anterior el Código de la Democracia busca brindar pautas dentro del sistema electoral con respecto a principios como la igualdad y no

discriminación, derechos políticos de los ciudadanos, control del financiamiento de los partidos políticos entre otros.

Se debe conocer que dentro del Código de la Democracia existe una suerte de protección más favorable a los derechos de participación que brinda un margen amplio para que los jueces interpreten su aplicación favoreciendo a estos derechos. La norma expresa lo siguiente:

Art. 9.- En caso de duda en la aplicación de esta ley, se interpretará en el sentido que más favorezca al cumplimiento de los derechos de participación, a respetar la voluntad popular y a la validez de las votaciones.

Dentro del título tercero, capítulo primero del presente Código se brindan las pautas referentes a campaña electoral, propaganda y límites del gasto. Entre las regulaciones más importantes del capítulo se destacan las siguientes:

Art. 202.- El Consejo Nacional Electoral en la convocatoria para elecciones directas determinará la fecha de inicio y de culminación de la campaña electoral, que no podrá exceder de cuarenta y cinco días. Durante este período, el Estado, a través del presupuesto del Consejo Nacional Electoral, garantizará de forma equitativa e igualitaria la promoción electoral que propicie el debate y la difusión de las propuestas programáticas de todas las candidaturas.

El financiamiento comprenderá exclusivamente la campaña propagandística en prensa escrita, radio, televisión y vallas publicitarias. El Consejo Nacional Electoral reglamentará el financiamiento según la realidad de cada localidad. [...]

Art. 203.- Durante la campaña electoral se prohíbe la publicidad o propaganda de las instituciones del Estado, en todos los niveles de Gobierno, salvo las excepciones que se detallan a continuación:

1. Que la difusión se refiera a información de programas o proyectos que estén ejecutándose o que por la oportunidad deban ejecutarse en dicho período.
2. Cuando se requiera en las obras públicas, informar a la ciudadanía sobre cierres o habilitación de vías u obras alternas; o lugares alternos;
3. En situaciones de emergencia, catástrofes naturales, cuando se requiera informar a la ciudadanía sobre medidas de seguridad, evacuación, cierre o habilitación de vías alternas.
4. Cuando se requiera informar temas de importancia nacional tales como: campañas de prevención, vacunación, salud pública, inicio o suspensión de períodos de clases, seguridad ciudadana, u otras de naturaleza similar.

Además, se prohíbe durante la campaña electoral la contratación y difusión de propaganda y publicidad por parte de sujetos de derecho privado referente al proceso electoral en prensa, radio, televisión, vallas publicitarias y cualquier otro medio de comunicación social.

Los medios de comunicación social se abstendrán de hacer promoción directa o indirecta, ya sea a través de reportajes, especiales o cualquier otra forma de mensaje, que tienda a incidir a favor o en contra de determinado candidato, postulado, opciones, preferencias electorales o tesis política. El Consejo Nacional Electoral ordenará al medio de comunicación social la suspensión inmediata de la publicidad o propaganda que no cumpla con las excepciones previstas en el presente artículo, sin necesidad de notificación previa al anunciante, o, de ser el caso podrá disponer al anunciante la modificación de la publicidad o propaganda, sin perjuicio del juzgamiento de conformidad con esta Ley.

Nota:4. Declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 21 numeral 1 de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia; por tanto, será constitucional siempre y cuando se interprete de la siguiente manera:

No se podrá considerar que las excepciones descritas propendan a permitir a las instituciones del Estado en todos los niveles de gobierno a difundir publicidad o propaganda relacionada a aspectos que no se encuentren dentro de la finalidad que se deduce de una interpretación integral, bajo esta lógica esta Corte entiende que la norma leída integralmente no vulnera el Art. 115 inciso segundo de la Constitución y advierte que una lectura distinta devendría en las sanciones previstas en el mismo cuerpo legal y las consecuencias que genera la inobservancia de una decisión del máximo órgano de justicia constitucional.

6. Declarar la inconstitucionalidad de las frases "ya sea a través de reportajes especiales o cualquier otra forma de mensaje", contenida en el inciso final del artículo 21 de la Ley Reformatoria, por lo que quedará de la siguiente manera:

(...) Los medios de comunicación social se abstendrán de hacer promoción directa o indirecta que tienda a incidir a favor o en contra de determinado candidato, postulado, opciones, preferencia electorales o tesis política.

Texto de numerales 4. y 6. dados por Resolución de la Corte Constitucional No. 28, publicada en Registro Oficial Suplemento 811 de 17 de Octubre del 2012

. Para leer Texto, ver Registro Oficial

Art. 204.- Las candidatas y candidatos y las organizaciones políticas no podrán entregar donaciones, dádivas o regalos a las ciudadanas y ciudadanos.

Art. 205.- A partir de la convocatoria a elecciones se prohíbe cualquier tipo de publicidad con fines electorales con excepción de las dispuestas por el Consejo Nacional Electoral.

Art. 206.- Las empresas que realicen pronósticos electorales, para ejercer su actividad, deberán inscribirse y registrarse previamente en el Consejo Nacional Electoral y sujetarse a las normas que este expida. El incumplimiento de este requisito impedirá su participación pública en los procesos electorales.

Art. 207.- Durante el período de campaña electoral, todas las instituciones públicas están prohibidas de difundir publicidad a través de prensa escrita, radio, televisión y vallas publicitarias. Únicamente podrán informar a través de estos medios sobre asuntos cuya difusión sea necesaria para la ejecución de planes y programas específicos y que se encuentran en ejecución durante este período.

Queda prohibida la exposición en espacios audiovisuales, que impliquen la utilización de recursos públicos de la imagen, voz, y nombres de personas que se encuentren inscritas como candidatas o candidatos.

Quienes ejerzan una función pública y se encuentren calificados como candidata y candidatos no podrán participar oficialmente en eventos de inauguración de obras u otros financiados con fondos públicos, exceptuando aquellos que sean de representación propios al ejercicio de sus funciones.

El tiempo y/o valor contratado por las entidades públicas para informar durante toda la campaña electoral, no podrá exceder al promedio mensual del último año anterior al inicio de la campaña.

Cuarenta y ocho horas antes del día de los comicios y hasta las 17h00 del día del sufragio, queda prohibida la difusión de cualquier tipo de información dispuesta por las instituciones públicas, así como la difusión de publicidad electoral, opiniones o imágenes, en todo tipo de medios de comunicación, que induzcan a los electores sobre una posición o preferencia electoral; la realización de mítines, concentraciones o cualquier otro acto o programa de carácter electoral. El incumplimiento de estas disposiciones constituirá infracción electoral que será sancionada de conformidad con el artículo 277 de esta Ley.

Nota:

7. Declarar la constitucionalidad condicionada del Art. 22 inciso quinto de la Ley Orgánica Ley Orgánica Electoral, Código De La Democracia.

[...]por tanto será constitucional siempre y cuando se interprete de la siguiente manera:

"En salvaguarda del derecho a la información veraz y oportuna, y el derecho a la libertad expresión y libertad de pensamiento, la expresión "todo tipo de medios de comunicación", contenido en el quinto párrafo el artículo 207 del Código de la Democracia sólo debe aplicarse respecto de los medios de comunicación, que están en la obligación, por su propia naturaleza, de generar información veraz y oportuna respecto de los candidatos dentro del proceso electoral y sus propuestas; además de cumplir con los principios de participación equitativa e igualitaria entre todos los candidatos; pues ellos están obligados a generar información verificada, y de esta manera garantizar que la ciudadanía cuente con información necesaria para tomar una decisión.

Por este motivo, se debe excluir de dicha expresión a los nuevos medios de comunicación, por los cuales, los particulares tienen derecho a transmitir ideas, opiniones, o información de interés nacional en referencia al proceso electoral, garantizando entonces el pleno ejercicio de la libertad de expresión. Sin embargo, en consonancia con la argumentación expuesta con anterioridad, los medios de comunicación tradicional deberán abstenerse de publicar o difundir publicidad electoral, opiniones o imágenes que induzcan a los electores sobre una posición o preferencia electoral, por nuevos medios de comunicación, estando obligados a verificar los comunicados, opiniones o información que reciban por estos medios antes de su publicación, con el objetivo de garantizar el derecho a sufragar de todos los ciudadanos". Dado por Resolución de la Corte Constitucional No. 28, publicada en Registro Oficial Suplemento 811 de 17 de Octubre del 2012

Art. 208.- Desde la convocatoria a elecciones las organizaciones políticas podrán realizar, por su iniciativa, las actividades tendientes a difundir sus principios ideológicos, programas de gobierno, planes de trabajo y candidaturas, siempre que no implique la contratación en prensa escrita, radio, televisión y vallas publicitarias.

Los egresos realizados en estas actividades se imputarán al gasto electoral de cada organización política.

Como se puede analizar, el Código de la Democracia ha sido modificado desde que fue emitido. Muchas de estas reformatorias fueron producidas a partir de que la Corte Constitucional analizó la normativa y observó que esta debe remitirse a una interpretación constitucional. Dicho análisis como veremos estará más desglosado cuando se analice la acción de inconstitucionalidad expuesta a partir de la emisión de este Código.

Por el momento, se debe considerar que a breves rasgos la normativa modificada dentro del capítulo anteriormente expone:

- La temporalidad del periodo de campaña electoral (45 días) estableciendo como principios a la equidad e igualdad frente a la promoción electoral en prensa escrita, radio, televisión y vallas (Art 202).
- La prohibición de publicidad por parte del Estado y sus excepciones. Solo por mencionar algunas: la difusión de programas o proyectos que estén ejecutándose o que por la oportunidad deban ejecutarse en dicho período, información a la ciudadanía sobre cierres o habilitación de vías u obras alternas; o lugares alternos, información de emergencia, catástrofes naturales, cuando se requiera informar a la ciudadanía sobre medidas de seguridad, evacuación, cierre o habilitación de vías alternas, etc. Dichas excepciones no deberán propender a permitir a las instituciones del Estado a difundir publicidad o propaganda relacionada a aspectos que no se encuentren dentro de la finalidad que se deduce de una interpretación integral en caso contrario, se impondrán sanciones. (Art 203, constitucionalidad condicionada).
- La prohibición de contratación y difusión de propaganda y publicidad por parte de sujetos de derecho privado referente al proceso electoral en distintos medios de comunicación (Art 203).
- La abstención de los medios de comunicación social de hacer promoción directa o indirecta que incidan a favor o en contra de determinado candidato, postulado, opciones, preferencias electorales o tesis política.(Art. 203, declaración de inconstitucionalidad y reformatoria)

- La prohibición de donaciones, dádivas o regalos a la ciudadanía por parte de los candidatos (Art 204).
- La prohibición de publicidad electoral con excepción de las dispuestas por el Consejo Nacional Electoral (Art 205).
- La inscripción, registro y sujeción a la normativa del CNE por parte de las empresas que realicen pronósticos electorales (Art 206).
- La prohibición de las instituciones públicas de difundir publicidad a través distintos medios de comunicación, considerando las excepciones. (Art 207)
- La prohibición de espacios audiovisuales mediante la utilización de recursos públicos de la imagen, voz, y nombres de personas que se encuentren inscritas como candidatas o candidatos (Art 207).
- La prohibición de la función pública y de los candidatos a participar oficialmente en eventos de inauguración de obras financiadas con fondos públicos, exceptuando aquellos que sean de representación propios al ejercicio de sus funciones. (Art 207)
- La prohibición de difusión de cualquier tipo de información dispuesta por las instituciones públicas, así como la difusión de publicidad electoral, opiniones o imágenes, en todo tipo de medios de comunicación, que induzcan a los electores sobre una posición o preferencia electoral; asimismo, la prohibición de realización de mítines dentro de las cuarenta y ocho horas antes del día de los comicios y hasta las 17h00 del día del sufragio (Art 207).
- La interpretación constitucional del Art 207 asevera que la expresión "todo tipo de medios de comunicación", contenido en el quinto párrafo sólo deberá ser aplicada respecto de los medios de comunicación, que están en la obligación, por su propia naturaleza, de generar información veraz y oportuna respecto de los candidatos dentro del proceso electoral y sus propuestas. Por lo mismo, se debe excluir de dicha expresión a los nuevos medios de comunicación, por los cuales, los particulares tienen derecho a transmitir ideas, opiniones, o información de interés nacional en referencia al proceso electoral, garantizando entonces el pleno ejercicio de la libertad de expresión (Art. 207, constitucionalidad condicionada).

- La realización de actividades de difusión a los partidos políticos frente a la promoción de sus principios ideológicos, programas de gobierno, planes de trabajo y candidaturas, siempre y cuando no implique la contratación en prensa escrita, radio, televisión y vallas publicitarias. Dichos gastos se imputarán al gasto electoral de cada organización política (Art. 208).

Al hacer un análisis jurídico de las restricciones legítimas frente a la normativa que rige en periodo de campaña electoral se puede mencionar que existen ciertos artículos que a mi criterio no se pueden analizar bajo la lupa del test tripartito, el cual se busca que las restricciones sean legítimas a través de un análisis de legalidad, objetividad y necesidad. Argumento esto pues pienso que cierta normativa no cumple con el análisis del test tripartito. A continuación mencionaré las discrepancias que he encontrado a lo largo del presente análisis.

Dentro del Art 203 se establece que debe existir la abstención por parte de los medios de comunicación social de hacer promoción directa o indirecta que incidan a favor o en contra de determinado candidato, postulado, opciones, preferencias electorales o tesis política.(Art. 203, declaración de inconstitucionalidad y reformatoria. Por como está redactado el presente artículo se podría interpretar que se establecen prohibiciones que atentan contra el derecho a la libertad de expresión ya que se obliga a los medios de comunicación social a inhibirse de transmitir directa o indirectamente cualquier información que incidan a favor o en contra de determinado candidato. El problema de la redacción de esta norma es que prohíbe la promoción por vías indirectas.

Es decir, pongámonos en el escenario de un caso práctico, si una persona acude a un medio de comunicación social y tiene una entrevista en la cual apoya incondicionalmente a un candidato exponiendo cosas muy positivas de este se podría interpretar que el medio de comunicación está realizando promoción por medios indirectos a favor de dicho candidato. Por lo mismo, la norma no se adecúa a la realidad.

El artículo mencionado vulnera el principio de legalidad ya que si bien se encuentra establecida en una norma esta no se adecua al adecuado cumplimiento de los Derechos Humanos internacionales puesto que la CADH establece que

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.¹¹²

De igual forma, la Corte IDH ha aclarado que si bien el derecho a la libertad de expresión no es absoluto, este puede verse limitado por lo establecido taxativamente en el Art 13 inciso 2 de la CADH, por lo cual lo establecido en el Art 203 numeral 4 del Código de la Democracia constituye una restricción ilegítima pues a través de medios indirectos censura el cumplimiento de este derecho.

En el Caso Ricardo Canese contra Paraguay, la Corte ha manifestado que

[...] la Convención Americana, en el inciso 2 del referido artículo 13 de la Convención, prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de expresión, que se manifiestan a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho, las cuales no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa¹¹³

En definitiva, creo el Código de la Democracia, si bien ha reformado cosas que con anterioridad atentaban contra la libertad de expresión, en la actualidad, aún sigue contraviniendo no sólo normas constitucionales, sino también normas de instrumentos internacionales

¹¹² Convención Americana de Derechos Humanos (1969) Art. 13 numeral 3.

¹¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia 31 de agosto de 2004, Caso Ricardo Canese c. Paraguay *Óp.cit.*

3.2.2. Jurisprudencia Nacional

Como ya se ha mencionado el Tribunal Contencioso Electoral es órgano competente para resolver las acciones en temas referentes al periodo de campaña electoral, será este quien genere la jurisprudencia correspondiente al tema de la libertad de expresión en periodo de campaña electoral. Sin desmerecer a la Corte Constitucional debemos recordar que la Jurisprudencia emitida por ella podrá incluso primar sobre las decisiones generadas por el Tribunal. De hecho, será a ella a quien le corresponda hacer el control oportuno en caso de que existan dudas o vulneraciones frente a los derechos constitucionales reconocidos en época de campaña electoral.

3.2.2.1. Tribunal Contencioso Electoral.

Un caso muy interesante en el cuál se hizo uso del Código de la Democracia y en el cual se puede observar cual es el criterio del órgano rector frente al derecho de la libertad de expresión en periodo de campaña electoral es el surgido a partir del caso de la “Revista Vistazo”. Dicho caso, surgió antes de que el Código de la Democracia fuera reformado.

A continuación, se tratará de sintetizar el caso a través de un artículo emitido por Diario el Hoy en el cuál se expuso lo siguiente:

El editorial titulado Un no rotundo, publicado el 4 de mayo de 2011, es la causa de una sanción de \$80 000 contra la revista guayaquileña. La primera instancia la absolvió. Nueve meses de paralización tuvo el expediente contra la revista Vistazo, en el Tribunal Contencioso Electoral. Pero el pasado jueves llegó una notificación al casillero de su defensor, y la revista, en segunda instancia, fue castigada al pago de \$80 mil por haber publicado un editorial el 4 de mayo de 2011 titulado Un No rotundo, en el que se expone su posición en contra de dos de las preguntas de la consulta popular que convocó el presidente Rafael Correa para el 7 de mayo. Una parte de lo publicado dice textualmente: En defensa de 54 años de periodismo, ejercido con absoluta independencia de los poderes políticos y económicos, Vistazo se pronuncia No en la pregunta tres. Y por considerar que la pregunta nueve, que crea un consejo de regulación de los medios, tiene como objetivo ulterior afectar la libertad de expresión, también se pronuncia por el No. Para los directivos de Vistazo, esta columna es de opinión y, por lo tanto, era su derecho emitirla. Los jueces electorales no pensaron igual y lo consideraron una propaganda. En primera instancia, el caso fue resuelto a favor de Vistazo en diciembre de 2011. La presidenta del Tribunal Contencioso Electoral (TCE) en ese momento, Ximena

Endara, consideró que la publicación no cometió ninguna infracción electoral porque no hizo propaganda y, por lo tanto, se abstuvo de imponerle alguna sanción. Según Endara, lo que hizo Vistazo fue dar una opinión, y eso no es merecedor de castigo, según expuso como parte del motivamiento de su sentencia. Los denunciantes apelaron esta resolución al pleno del TCE.¹¹⁴

Dentro de la exposición de los argumentos establecidos en primera instancia se puede observar que los demandados es decir los representantes legales de la Revista Vistazo expusieron lo siguiente:

[E]l ejercicio de libertad de expresión no está restringido por la ley ni por la Constitución, no a hacer, porque la Convención Interamericana de Derechos Humanos precisamente hace todo lo contrario, protege la libertad de pensamiento y expresión; y, que darle paso a las acusaciones respecto a una no querida intención de hacer propaganda en un editorial, significaría que la libertad de expresión estaría limitada por la veda electoral y eso no es sensato, no es jurídico, no es constitucional, no es convencional [...]¹¹⁵

Si bien, se presentaron argumentos en los cuales se mencionaba que no habría como sancionar a un medio de comunicación por emitir un editorial ya que se estaría sancionando la libertad de opinión de las personas, el Tribunal Contencioso Electoral decidió sancionar a la Revista Vistazo no por exponer su opinión en un editorial sino por infringir el artículo 277, numerales 2 y 3 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia.

La violación del artículo, según mencionan, se da precisamente al difundir propaganda electoral, sin ser sujeto político y dentro del período de vigencia de silencio electoral que rigió antes de los comicios convocados para el 7 de mayo de 2011.

En la sentencia asimismo se menciona que le corresponde a la autoridad competente establecer una pena proporcional, la misma que, de acuerdo con el propio artículo 277, inciso final, del mismo cuerpo normativo oscila entre los cincuenta y los cien mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica. Finalmente la pena establecida a la Revista Vistazo fue de 80.000 dólares de los Estados Unidos de América.

¹¹⁴ Diario El Hoy. El fallo contra Vistazo crea un precedente. <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/el-fallo-contravistazo-crea-un-precedente-562646.html> (acceso 29/09/12)

¹¹⁵ Tribunal Contencioso Electoral. Causa Acumulada No. 0794-2011. Sentencia del 12 de diciembre del 2011

Como se conoce, son los tribunales los que deberán ser quienes impongan las sanciones. No obstante, debemos tener en cuenta que para ello los jueces deberían seguir varios principios como el de independencia de la función judicial, proporcionalidad en las penas establecidas y motivación. En este caso en específico, creo personalmente existieron varias vulneraciones en los derechos mencionados con anterioridad ya que no existió un justificativo legal suficiente ni proporcional con la sanción establecida.

Otro de los más polémicos que tenía como principal actor al derecho de libertad de expresión en época de campaña electoral fue precisamente el surgido a partir de ciertas opiniones emitidas por uno de los candidatos a la presidencia en el año 2013. Se debe saber, asimismo, que dicho caso fue analizado luego de que el Código de la Democracia sea reformado a partir de una acción de inconstitucionalidad propuesta por varios actores políticos que será analizada con posterioridad. De cualquier forma, ocurrió que el 4 de enero del año 2013 en un debate televisado, Nelson Zavala, un ex candidato a la presidencia de la República dentro de una de las declaraciones públicas emitidas expuso lo siguiente: La homosexualidad, como pecado, es una desgracia para el hombre porque pervierte su correcta sexualidad. Yo pienso que la homosexualidad es un severo trastorno de conducta, pero no lo considero una enfermedad¹¹⁶.

Frente a ello, y gracias a que el colectivo GLBTI puso en alerta al Consejo Nacional Electoral este llamó la atención a Zabala y le pidió respetar las libertades individuales.

A partir de esto, surgieron nuevas aseveraciones planteadas por el ex candidato, en una entrevista de radio, en la cual expuso que:

Parece ser que el CNE piensa que el Ecuador es corrupto, es inmoral y es homosexual. Ustedes están equivocados. Los ecuatorianos somos gente decente. Hablar de la dignidad de la persona, déjenme decirles que moralmente ser homosexual no es digno. Es un acto de inmoralidad sexual, eso es la homosexualidad. Usted, el CNE, que parece que ahora son

¹¹⁶ El Expreso. TCE sentencia a Nelson Zavala por discriminación . 11 de marzo del 2013.

Ministerio de Salud o son la OMS. ¿Quién los califica a ustedes para hablar sobre este tema? ¿Son ustedes el organismo apropiado para hablar o es que dentro del organismo también hay homosexualidad¹¹⁷

Frente a los hechos suscitados, el día viernes 1 de febrero del 2013, se realizó una denuncia por Pamela Troya en calidad de Coordinadora de un colectivo GLBTI en la cual se demanda sancionar a Zabala por el incumplimiento de las normas electorales.

La norma que se asevera fue la Resolución No 009_PLE-CNE emitida por el Consejo Nacional Electoral en donde se "prohíbe a los candidatos la emisión pública de cualquier expresión que discrimine o afecte la dignidad de las personas, o utilicen símbolos, expresiones o alusiones de carácter religioso".

Ante ello, y mediante sentencia sanciona a Nelson Zabala con la suspensión de sus derechos políticos por el transcurso de un año y una multa equivalente a tres mil ciento ochenta dólares.

El respeto del derecho a la libertad de expresión fue el principal argumento de Zabala expuesto dentro de la demanda presentada. No obstante, el Tribunal Contencioso Electoral frente al derecho de la libertad de expresión expuso lo siguiente:

En cuanto a los límites necesarios al ejercicio de la libertad de expresión, como parte fundamental del corpus iure de los Derechos Humanos está el principio de no discriminación, disposición que en términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituye una norma de *ius cogens* o norma imperativa de derecho internacional general, que, de conformidad con lo establecido en la disposición 53 de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados " ... es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter." (el énfasis no corresponde al texto original). Así, en la sentencia de fondo que resolvió el caso Yatama Vs. Nicaragua, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que "En la actual etapa de la evolución del derecho

¹¹⁷ El Comercio. Zavala pidió al CNE que respete a los "ecuatorianos decentes". 1 de febrero del 2013.

internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico" De ahí que, el derecho a la libertad de expresión del candidato Nelson Zavala y de cualquier otra persona es legítimamente ejercida, en tanto y cuanto no constituya un llamado a la discriminación de cualquier otra persona; de ahí que, la propia Convención Americana, en su artículo 13, número 2 establece que "el ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores ... ", que se desprenden del ejercicio abusivo de este derecho; responsabilidad que encuentra eco en la ley Orgánica Electoral y De Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, cuyo artículo 331, número 7 señala como una de las obligaciones de las organizaciones políticas, el "Abstenerse, en su propaganda política o electoral, de cualquier expresión que discrimine o afecte a la dignidad de las personas o utilicen símbolos, expresiones o alusiones de carácter religioso en su propaganda ... ", principio armónico con la prescripción constitucional contenida en el artículo 11, número 2, cuya parte pertinente indica: "La ley sancionará toda forma de discriminación."¹¹⁸

Frente a lo establecido dentro del fallo dictado por el Tribunal Contencioso Electoral se observa que para el ejercicio del derecho de libertad de expresión deben existir ciertos límites y que uno de ellos viene a ser el principio de igualdad y no discriminación. Este, según el Tribunal fue vulnerado por Nelson Zabala y el ejercicio de libertad de expresión llegó a constituirse en un ejercicio abusivo. De igual manera, termina recordando que la ley sancionará toda forma de discriminación y objeta esto citando una de las normas del Código de la Democracia. Como resumen al fallo del Tribunal se puede mencionar que para este órgano el ejercicio de libertad de expresión puede ser limitado al ejercer una ponderación de derechos tal.

No obstante, hay que observar que si bien el Tribunal falló a favor de una imposición de una sanción frente a un comentario discriminatorio contra un colectivo existen varias visiones frente a los límites que debería poseer la libertad de expresión.

Es necesario preguntarnos si ¿Dentro de una democracia está bien sancionar a alguien por emitir su opinión homofóbica? O al contrario será positivo tener este tipo de opiniones dentro del debate electoral precisamente para contribuir al pluralismo de opiniones y dejar al electorado escoger. Muchos piensan que sería más peligroso que por la imposición de una

¹¹⁸Tribunal Contencioso Electoral. No. De Causa 148-2013-TCE. Sentencia del 18 de marzo del 2013

sanción no podamos conocer a profundidad quien nos va a gobernar. Es decir, la imposición de la sanción no hará que dicho candidato cambie su forma de pensar pero sí puede hacer que se rehúse a exponerla lo que causaría un gran daño al electorado quien podría ciegamente conducirse por el perfil del candidato más no por sus concepciones discriminatorias.

3.2.2.2. Corte Constitucional

Es necesario mencionar que el momento en que se emitió el Código de la Democracia existió mucha polémica debido a que muchos grupos sostenían que ciertas normas jurídicas reconocidas, en este, atentaban contra la Constitución. Es por ello que el día mismo en que se publicó en el Registro Oficial se plantearon varias acciones de inconstitucionalidad frente a algunos artículos de este Código. Al menos seis organizaciones civiles y políticas suscribieron dichas acciones de inconstitucionalidad.

Si bien se expusieron varios reclamos en las acciones. Para nuestro estudio mencionaremos las peticiones más relevantes planteadas en estas acciones.

Con anterioridad el Código de la Democracia sostenía dentro de su Art 21 que:

Los medios de comunicación se abstendrán de hacer promoción directa o indirecta, ya sea a través de reportajes, especiales o cualquier otra forma de mensaje, que tienda a incidir a favor o en contra de determinado candidato, postulado, opciones, preferencias electorales o tesis políticas.

Para ello, dentro de las varias acciones de inconstitucionalidad planteadas sobre esta norma se debe mencionar que varios estudiantes y profesores mediante la Clínica de la Universidad San Francisco de Quito expusimos ciertos argumentos sobre la norma antes mencionada. Uno de los criterios expuestos es la mencionada continuación

En el Art. 66 numeral 6 de la Constitución, se reconoce y garantiza el “derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones”. Contrariamente, el Art. 203 numeral cuarto párrafo tercero del Código de la Democracia,

impide el ejercicio de este derecho al mencionar la abstención de realizar “promoción directa o indirecta [...] a través de cualquier [...] forma de mensaje, que tienda a incidir a favor o en contra” de determinada tesis política. Así mismo el Art. 207 numeral quinto del ya mencionado Código de la Democracia, contradice esta disposición constitucional al mencionar que “queda prohibida la difusión de cualquier tipo de información [...] así como la difusión de publicidad electoral, opiniones o imágenes, en todo tipo de medios de comunicación”. Siendo un derecho irrenunciable, y garantizado en la Constitución, no se lo puede limitar. Especialmente, en época de comicios electorales cuando la ciudadanía tiene el derecho de expresar libremente sus opiniones.

De igual forma, el Art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), ratificada el 12 de agosto del 1977, reconoce “la libertad de pensamiento y expresión”, al establecer que

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.¹¹⁹

Conjuntamente, cabe señalar que el Art.19 inciso segundo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), ratificado por el Ecuador en fecha 6 de marzo de 1969, asegura que “[n]adie podrá ser molestado a causa de sus opiniones” y que toda “persona tiene derecho a la libertad de expresión [...]”

En el Caso Ricardo Canese contra Paraguay, la Corte ha manifestado que:

[...] la Convención Americana, en el inciso 2 del referido artículo 13 de la Convención, prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de expresión, que se manifiestan a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho, las cuales no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa¹²⁰

Las limitaciones de libertad de expresión a las que se refiere la Corte IDH, de ninguna manera restringen este derecho en la época de campaña electoral, ya que por el contrario, es indispensable que en este periodo el Estado cumpla con su deber de garantizar “de forma equitativa e igualitaria la promoción electoral que propicie el debate y la difusión de las propuestas programáticas de todas las candidaturas” tal como lo prescribe el Art. 115 de la Constitución¹²¹.

Frente a ello, el criterio de la Corte Constitucional fue declarar la inconstitucionalidad en un artículo y la constitucionalidad condicionada en ciertos otros. Frente al estudio de

¹¹⁹ Convención Americana de Derechos Humanos(1969). Art. 13 numeral 3.

¹²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia 31 de agosto de 2004, Caso Ricardo Canese c. Paraguay *Óp.cit.*

¹²¹ Clínicas de la Universidad San Francisco de Quito. Alegatos planteados en la acción de Inconstitucionalidad planteada ante la Corte Constitucional dentro la Causa No. 0014-12- In

artículo 21 del Código de la Democracia, antes de ser reformado, debemos mencionar que la Corte Constitucional se pronunció de esta manera frente a la inconstitucionalidad aceptada dentro de la sentencia en el numeral 6.

Declarar la inconstitucionalidad de las frases "ya sea a través de reportajes especiales o cualquier otra forma de mensaje", contenida en el inciso final del artículo 21 de la ley reformativa, por lo que quedará de la siguiente manera:

(...) Los medios de comunicación social se abstendrán de hacer promoción directa o indirecta que tienda a incidir a favor o en contra de determinado candidato, postulante, opciones, preferencias electorales o tesis política¹²².

Frente a este criterio, debo mencionar que si bien el Estado debe establecer las pautas y los deberes que deben seguir en un proceso electoral los medios de comunicación, tanto públicos como privados, jamás, se debe restringir a los medios de comunicación el tipo de mensaje que debe emitir o la información específica que están encargados de brindar pues esto atentaría contra la libertad de expresión. Asimismo, el no restringir sus mensajes busca alcanzar el óptimo desarrollo informativo que además, es un derecho del ciudadano consagrado en la constitución a estar informado.

Como bien se puede establecer dentro del presente capítulo se ha observado que en la actualidad la libertad de expresión en época de campaña electoral constituye un derecho que alienta a los ciudadanos a generar una democracia informada, libre y racional. No se puede pretender que este derecho sea limitado a discrecionalidad de los gobiernos de turno. Es por ello que nuestras herramientas como se ha explicado deberán ser las más garantistas como en la actualidad lo es la Constitución.

3.2.2.3. Casos no judicializados

Ahora bien, para finalizar es necesario mencionar que dentro de nuestra normativa constitucional tenemos al art 115. Este se refiere a las garantías que debe brindar el Estado

¹²²Corte Constitucional del Ecuador. Causa No. 0014-12- In. Sentencia del 17 de octubre del 2012.

para que se propicie la difusión de ideas a través de los medios de comunicación y a la prohibición explícita de uso de recursos, infraestructura y publicidad gubernamental en todos los niveles para la campaña electoral. Expresamente se refiere a que:

El Estado, a través de los medios de comunicación, garantizará de forma equitativa e igualitaria la promoción electoral que propicie el debate y la difusión de las propuestas programáticas de todas las candidaturas. Los sujetos políticos no podrán contratar publicidad en los medios de comunicación y vallas publicitarias.

Se prohíbe el uso de los recursos y la infraestructura estatales, así como la publicidad gubernamental, en todos los niveles de gobierno, para la campaña electoral. La ley establecerá sanciones para quienes incumplan estas disposiciones y determinará el límite y los mecanismos de control de la propaganda y el gasto electoral

Se trae, este artículo, a colación ya que dentro de la última campaña electoral para elecciones de alcaldes y gobiernos autónomos a nivel nacional surgieron varias denuncias y quejas de distintos partidos políticos con respecto a la promoción que estaba realizando el gobierno de turno para promover las campañas electorales de sus candidatos. Los partidos políticos argumentaban que si bien existe prohibición expresa en la Constitución del uso de recursos y publicidad para promover las campañas electorales se dio muchísima injerencia por parte del ejecutivo y del gobierno en general para la promoción de sus representantes.

Las campañas para los comicios locales de mañana en Ecuador terminaron la noche del jueves con denuncias de la oposición contra la intensa intervención política del presidente Rafael Correa, quien busca[ba] impedir una derrota del oficialismo en Quito.[...]

El Mandatario, quien recibió del Parlamento varias licencias para hacer campaña, multiplicó sus apariciones ante los medios para apoyar a su candidato en Quito, y desoyó un pedido de la autoridad electoral para suspender su programa semanal de radio y televisión de los sábados, y así evitar proselitismo a favor de Barrera¹²³.

¹²³ La razón. Cierran campaña en Ecuador con denuncias contra Correa. http://www.la-razon.com/mundo/Cierran-campana-Ecuador-denuncias-Correa_0_2003199665.html (acceso 22/02/14)

Si bien, dichos casos no fueron judicializados, estas denuncias han servido para que la ciudadanía genere críticas frente al abuso de la normativa. Mediante el ejemplo anteriormente planteado se puede argumentar que si bien debe existir normativa regulatoria en materia de la libertad de expresión en época de campaña electoral esta debe ser aplicada para a todos los partícipes políticos dentro de los procesos electorales sean o no del gobierno. Es interesante cuestionarse también si la ciudadanía está lo suficientemente empoderada e informada para hacer uso de las garantías jurídicas en caso de que no se cumpla con la normativa constitucional. En ocasiones, se puede pensar que existe indiferencia por parte de la sociedad civil pero no está demás preguntarse si tenemos un sistema jurídico lo suficientemente fuerte y autónomo para imponer sanciones a quien incumpla la norma.

4. Conclusiones

Ciertamente la libertad de expresión en época de campaña electoral ha sido un tema controversial ya que por estar en un periodo en donde se busca que los ciudadanos se encuentren informados las restricciones a este derecho son cuestionadas. No obstante, como se ha observado a lo largo de este trabajo investigativo; si bien, la libertad de expresión debe estar protegida en este periodo, al igual que cualquier otro derecho, no será absoluta. Existen necesariamente restricciones que deben contener parámetros claros y precisos en caso de que este derecho sea vulnerado. Las restricciones básicamente se ciñen a los parámetros que ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para ello la Corte ha mencionado que en caso de que este derecho necesariamente deba ser restringido se aplicarán varios estándares que los describiré a continuación:

- No se podrán imponer sanciones previas al derecho de la libertad de expresión. Las únicas limitantes previas podrán constituir aquellas contempladas dentro de del Art. 13 de la CADH. Si bien, se puede imponer sanciones en caso

de que las personas infrinjan este derecho no se lo podrá restringir con anterioridad. Con esto nos referimos a que la censura previa estará prohibida. Como bien señala Comisión de Derechos Humanos:

- El artículo 13 determina que cualquier restricción que se imponga a los derechos y las garantías contenidos en el mismo, debe efectuarse mediante la imposición de la responsabilidad ulterior. El ejercicio abusivo de la libertad de expresión no puede estar sujeto a ningún otro tipo de limitación¹²⁴.
- En caso de que se crea que existe un abuso del derecho de libertad de expresión se debe realizar el test tripartito para considerar si la sanción que se impone es razonable y legítima. Mediante del test tripartito se deberán analizar tres aspectos fundamentalmente.
 - Limitaciones legales: Esta limitación alude a que , las restricciones deben antes que nada contempladas en una ley la cual deberá ser definidas en forma precisa y clara.
 - Limitaciones objetivas:Esta limitación plantea que para que sea restringida la libertad de expresión deberá propender a buscar ciertos objetivos legítimos dentro de una sociedad democrática. Como ejemplos a ello se contempló la restricción por incitación a la discriminación, la restricción por preservación de la reputación de los demás y la restricción porpreservación de la moral y el Orden Público.
 - Limitaciones de necesidad: Esta limitación se refiere a que la restricción solo será legítima si es necesaria en una sociedad para conseguir el logro de fines democráticamente imperiosos. Es decir, la imposición de esta restricción deberá perseguir a una sanción necesaria, proporcionada a la finalidad perseguida e idónea para lograr el objetivo que pretende lograr.

¹²⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1996, pag. 251, parr.58.

De igual manera, se debe conocer que el derecho de la libertad de expresión en época de campaña electoral ha sido analizado a través de jurisprudencia y normativa nacional e internacional. Se han considerado ciertos parámetros dependiendo del ejercicio de este derecho en cada país. Adicionalmente, uno de los aportes más grandes realizados con respecto a este tema ha sido el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Por un lado, la Corte IDH ha brindado distintos criterios con respecto al uso de la libertad de expresión en varias jurisprudencias y ha establecido al test tripartito como una forma de regulación objetiva para medir si las sanciones al abuso de libertad de expresión son legítimas. Por otro lado, la CIDH ha generado un informe por parte de la relatoría para la libertad de expresión del año 2005 en el cuál se ha analizado el derecho a la libertad de expresión dentro del contexto de las campañas políticas.

Dentro del contexto nacional, se debe destacar que la normativa rectora a aplicarse en caso de que exista abuso de la libertad de expresión en época de campaña electoral será la Constitución y como normativa secundaria será la Ley orgánica electoral y de instituciones políticas, Código de la democracia y los demás reglamentos emitidos por el Consejo Nacional Electoral que es el órgano rector de control. De igual manera, la Corte Constitucional juega un rol fundamental frente a la interpretación de la normativa contenida dentro del Código de la Democracia ya que está deberá ser acorde a la Constitución de la República del Ecuador.

El análisis expuesto en el presente trabajo investigativo también destaca que si bien la libertad de expresión puede ser regulada legítimamente incluso en época de campaña electoral, estas restricciones no pueden quedar a la arbitrariedad de actores políticos y tampoco de los jueces es decir si bien la ley contempla las restricciones legítimas estas deberán ser impuestas indistintamente de quien sea el candidato electoral en caso de que se las vulnere y observando la normativa internacional establecida para evitar interpretaciones o arbitrariedades. Dentro de nuestra normativa ecuatoriana a mi criterio aún siguen

existiendo falencias en las que se observa que las restricciones a la libertad de expresión en época de campaña electoral no son totalmente legítimas.

Bibliografía

- ARIAS, Tania. “Ecuador un Estado Constitucional de Derechos”. Entre voces, Revista del Grupo Democracia y Desarrollo Local (2008), p, 32.
- ARTÍCULO 19. *Principios sobre Libertad de Expresión y Protección de la Reputación*. Londres. www.article19.org.(acceso 29/07/00)
- BARREDA, Mikel. LA DEMOCRACIA ESPAÑOLA: REALIDADES Y DESAFÍOS. Editorial UOC,2006. P.23
- BIOLLEY, Gérard .*Le droit de réponse en matière de presse*.París: R. Pichon et R. Dugand-Auzias, 1963, pp. 11.
- BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*. Plaza & Janes 1985, pp. 12.
- CARBONELL, Miguel. La libertad de Expresión en materia electoral. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008
- CLÍNICAS DE LA UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO. Alegatos planteados en la acción de Inconstitucionalidad planteada ante la Corte Constitucional dentro la Causa No. 0014-12- In
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1996, pp. 251, parr.58.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Anual 2001, Vol. II “Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión”, Introducción, OEA/Ser. L/V/II. 114, Doc. 5 rev. 1.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe 11/96, caso No 11.230. Francisco Martorell vs. Chile en Informe Anual de la CIDH. 3 de mayo de 1996.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Ricardo Canese v. Paraguay. Transcritos en la sentencia del 31 de agosto de 2004, párr. 72.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso 11.230, Informe N° 11/96, Chile, Francisco Martorell, *Óp.cit.*, párr. 56.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Relatoría Especial para la libertad de Expresión. Una Agenda Hemisférica Para La Defensa De La Libertad De Expresión.pp.6.

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Temático. Libertad de Expresión y Procesos Electorales: El Caso de las Encuestas de Opinión y los Sondeos de Boca de Urna. parr. 3,4. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/temas/electorales.asp>(acceso 04/12/13)
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Relatoría Especial sobre la Libertad de Expresión. Informe Anual Desacato y Difamación Criminal, 2004, parr 7 y 8.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Relatoría Especial sobre la Libertad de Expresión. *Las Expresiones de Odio y la Convención Americana de Derechos Humanos*, parr. 46.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DERECHOS HUMANOS. Informe Anual 2008. Volumen II: Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, pp.245
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS,. *Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre encluyente*. Disponible en : <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/Radiodifusion%20y%20libertad%20de%20expresion%20FINAL%20PORTADA.pdf> (acceso 28/03/2013)
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. Emitido a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo aprobado el 2 de abril de 1982.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. Observación general N° 31(2004).
- CORREA, Carlos, GUANIMA, Moraima, CISNEROS Yubi y CAÑIZÁLES, Andrés. Libertad de expresión: *Una discusión sobre principios, límites e implicaciones*. El Nacional: Caracas, 2007. p. 17
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/>(acceso23/09/13)
- DIARIO EL HOY. El fallo contra Vistazo crea un precedente. Disponible en <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/el-fallo-contravistazo-crea-un-precedente-562646.html> (acceso 29/09/12)
- DIARIO EL Hoy. Gaviria, Cesar. *Amordazado un campeón de la Libertad de Expresión*. Disponible en <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/amordazado-un-campeon-de-la-libertad-de-expresion-576898.html>(acceso 21/03/2013)

EL COMERCIO. Zavala pidió al CNE que respete a los “ecuatorianos decentes”. 1 de febrero del 2013.

EL EXPRESO. TCE sentencia a Nelson Zavala por discriminación . 11 de marzo del 2013.
 EL UNIVERSO. *CIDH emitió medidas cautelares para directivos de diario*. Disponible en <http://www.eluniverso.com/2012/02/22/1/1355/sala-tiene-hasta-hoy-notificar-fallo-contradiario.html> (acceso 22/02/2012).

FAÚNDEZ, Héctor. *La Libertad de expresión y la protección del honor y la reputación de las personas en una sociedad democrática*, Biblioteca Jurídica de la UNAM, Pág 560.

FERRAJOLI. Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, 4ª edición, Madrid, Trotta, 2000, pp.99.

FERRERO, Raúl. *Derechos Constitucional General*. Lima: Fondo Editorial, 2004, pp. 368.

GÓMEZ, Perlayo y VILLANUEVA, Ernesto. *Libertad de expresión y sus implicaciones legales*. Intiyan. Quito, 2010.p.18

GARCÍA, Sergio Y GONZA, Alejandra. *La Libertad de Expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México D.F: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007, pp.48.

GIANNINI, Massimo. Derecho administrativo, Milán, 1970, I, pp.82

GUI Mori, Tomas. , TOMÁS, Sentencia 176/95 del 11 de diciembre. *Jurisprudencia constitucional 1981-1995*, Madrid, Civitas, 1997. Disponible en <http://www.uia.mx/uiainstitucional/dh/pdf/50a/derecho.pdf>

JUBER, Habermas. *Facticidad y validez* , Valladolid, Trotta, 1998, p. 440

LONDOÑO, María Carmelina. El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la corte interamericana de derechos humanos. revista jurídica de la UNAM . Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Disponible en: [http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/128/art/art7.htm#N*\(acceso 21/08/14\)](http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/128/art/art7.htm#N*(acceso 21/08/14))

LA RAZÓN. Cierran campaña en Ecuador con denuncias contra Correa. Disponible en http://www.la-razon.com/mundo/Cierran-campana-Ecuador-denuncias-Correa_0_2003199665.html (acceso 22/02/14)

- LA REPÚBLICA. *CIDH da medidas cautelares a Jiménez, Villavicencio y Figueroa*. Disponible en <http://www.larepublica.ec/blog/politica/2014/03/24/cidh-medidas-cautelares-clever-jimenez-villavicencio-figueroa/>. (acceso 17/04/2014)
- MARTÍNEZ, Ferrán. *¿Por qué importan las campañas electorales?* Centro de Investigaciones sociológicas. Madrid, 2008. p. 26
- MARITAIN, Jacques. *Acerca de la filosofía de los derechos del hombre*. Ed. Debate, Madrid, España, 1991, p. 116.
- NOGUEIRA ALCALA, Humberto. *El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión*. Estudios Constitucionales. 2011, pp.120.
- O'DONNELL, Daniel. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. Comisión Andina de Juristas, Fundación Friedrich Naumann, 1º Edición, Lima, 1988, p.24
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE DERECHOS HUMANOS. *¿Qué son los derechos humanos?* Disponible en <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *¿Qué es la CIDH?* Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp>
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. AG/RES. 1 (XLIV-E/13). *Resultado del proceso de reflexión sobre el funcionamiento de la comisión interamericana de derechos humanos para el fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos*. Disponible en: http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-115/13
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/index.asp>
- ORTIZ, Loretta. *Aportación De La Declaración Universal De Derechos Humanos Al Derecho*. Disponible en: <http://www.uia.mx/uiainstitucional/dh/pdf/50a/derecho.pdf>
- PROYECTO ACE. *Elecciones y Medios*. Disponible en: <http://www.aceproject.org/main/espanol/me/me.htm>
- PEREZ Luño, Antonio. *Los derechos fundamentales*. Tecnos: Madrid, 2011. p. 27

PINTO, Mónica. *Temas de Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997, p. 1.

REBOLLO, Lucrecio. *Introducción al Derecho: Derecho Público*. Madrid: Manuales Jurídicos Dykinson, 2005, pp 69. párr. 36.

ROSAS MARTÍNEZ, Alejandro. ¿Derecho de rectificación, derecho de respuesta o derecho de réplica?, Biblioteca Jurídica virtual de la UNAM, pág. 100. Disponible en : <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInformacion/18/art/art3.pdf>(acceso 09/10/14)

SUNSTEIN, CASS R. *República, Internet, democracia y libertad*. Barcelona, Paidós, 2003, p. 147;

WLASIC, Juan Carlos. *Manual Crítico de Derechos Humanos*. Fondo Editorial de Derecho y Economía: 2011.p.34

Plexo normativo.

Declaración del Hombre y del Ciudadano (1798). Artículos 10,11.

Decreto 2241 del Código Electoral Colombiano (1986)

Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial suplemento N° 180 del lunes de 10 de febrero de 2004

Código Electoral Nacional Argentino. Decreto N° 2135 del 18 de agosto de 1983.

Comisión Americana de Derechos Humanos. Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión (2000).

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917)

Constitución Política De Colombia (1991)

Constitución de la Nación Argentina (1994)

Convención Americana de Derechos Humanos (1969).

Ley Orgánica de Comunicación. Registro Oficial suplemento tercero N° 22 del martes de 25 de junio de 2013

Ley Orgánica de los Partidos Políticos del Argentina. N° 23.298 del 11 de diciembre del 2011

Ley 996 para control de las elecciones presidenciales en Colombia (2005)

Ley 130 del Estatuto Básico De Los Partidos Y Movimientos Políticos de Colombia (1994)

Jurisprudencia

Consejo Federal del Instituto General Electoral. Causa no. SUP-RAP-251/2012. Sentencia del 06 de junio de 2012.

Consejo Federal del Instituto General Electoral. Causa no. SUP-RAP-251/2012. Sentencia del 28 de marzo del 2012.

Consejo Federal del Instituto General Electoral. Caso Federico Jesús Reyes Heroles González Garza y otros. Causa No. SUP-JDCdc-1774/2012. Sentencia del 29 de junio de 2012.

Consejo Nacional Electoral Argentino. Fallo No. 3181/2003. Sentencia del 17 de julio del 2003.

Consejo Nacional Electoral Argentino. Fallo No. 4629/2011. Sentencia del 08 de mayo del 2011.

Consejo Federal del Instituto General Electoral. Caso Federico Jesús Reyes Heroles González Garza y otros. Causa No. SUP-JDCdc-1774/2012. Sentencia del 29 de junio de 2012.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia No. C-089/94. Sentencia del 3 de marzo de 1994.

Corte Constitucional de Colombia. Ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero. Sentencia C-010-00. 19 de Enero de 2000

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-365/12. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-365-12.htm>

Corte Constitucional del Ecuador. Causa No. 0014-12- In. Sentencia del 17 de octubre del 2012.

Corte Europea de Derechos Humanos ,Caso Barthold c. *Alemania*, Sentencia del 25 de marzo de 1985, Serie A, No. 90, párr. 59.

Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Bélgica. Sentencia de 2 de marzo de 1987.

Corte Europea de Derechos Humanos Caso Lingens c. Austria. Sentencia del 8 de julio 1986.

Corte Europea de Derechos Humanos, Caso The Sunday Times c. Gran Bretaña, 26 de abril de 1979.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros vs. Chile), Sentencia del 5 de febrero de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ivcher Bronstein, Sentencia del 6 de febrero de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Herrera Ulloa, Sentencia del 2 de julio de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ricardo Canese, Sentencia del 14 de septiembre de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Palamara Iribarne, Sentencia del 22 de noviembre de 2005

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Claude Reyes, Sentencia del 19 de septiembre de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Kimel, Sentencia del 2 de mayo de 2008.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tristán-Donoso, Sentencia del 27 de enero de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ríos y otros, Sentencia del 28 de enero de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Perozo y otros, Sentencia del 28 de enero de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos . Caso Mémoli. Excepciones, Sentencia de 22 de Agosto de 2013.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Usón Ramírez. Sentencia del 20 de noviembre de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Colegiación Obligatoria de Periodistas. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-07/86 del 29 de agosto de 1986.

Corte Suprema de Justicia de Paraguay, Sala Constitucional, Acuerdo y sentencia número 99, del 5 de mayo de 1998. parr. 4.

Tribunal Contencioso Electoral. No. De Causa 148-2013-TCE. Sentencia del 18 de marzo del 2013

Tribunal Contencioso Electoral. Causa Acumulada No. 0794-2011. Sentencia del 12 de diciembre del 2011