

**LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL A LA
LUZ DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD**

LADY TATIANA RODRÍGUEZ GÓMEZ

JESSICA GIRALDO GÓMEZ

SERGIO HERNÁN CALDERÓN SUTA

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

PROGRAMA DE DERECHO

BOGOTÁ, COLOMBIA

AGOSTO DE 2016

**LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL A LA
LUZ DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD**

LADY TATIANA RODRÍGUEZ GÓMEZ (Estudiante de Derecho)

JESSICA GIRALDO GÓMEZ (Estudiante de Derecho)

SERGIO HERNÁN CALDERÓN SUTA (Estudiante de Derecho)

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTÁ, COLOMBIA

AGOSTO DE 2016

Dedicatoria

Considero más valiente al que conquista sus deseos que al que conquista a sus enemigos, ya que la victoria más dura es la victoria sobre uno mismo. –Aristóteles.

Este proyecto lo consideramos un logro en los pasos que damos hacia la vida, que nos acerca cada día a una de las metas por cumplir y que no hubiera sido posible, sin el esfuerzo la dedicación, el amor y la constancia de nuestros padres, familiares, amigos y en general de todos nuestros seres amados, pero principalmente agradecidos, dedicamos este logro a nuestros amados padres, que ellos catalogan como ser alguien en la vida... un profesional y para nosotros un ascenso al mundo de lo ideal, esperamos que la vida nos dé la bendición para aportarle al mundo una parte de la solución.

Agradecimientos

No me siento estúpido, simplemente inadecuado. Después de cinco años estudiando Derecho, soy muy consciente de lo poco que sé. -Jhon Grisham.

Culmina una etapa llena de aprendizaje, y ahora viene lo verdaderamente grande, el inicio en sí; ya que el derecho es toda una vida y no unos cuantos años, que es una escuela permanente y no solamente un título, que en adelante en procura del bienestar le haremos honor en todos los tiempos posibles y de ante mano queremos dar nuestro agradecimiento; en principio a nuestro claustro académico y directivos por habernos acogido en sus aulas y enseñarnos una parte de la vida, plasmada en los libros, la jurisprudencia, la doctrina y nuestros honorables órganos judiciales, por habernos permitido cada semestre descubrirnos en nuestras habilidades profesionales, por perfilarnos para una sociedad libre y de valores importantes para ser primero persona y luego parte de la sociedad. En segundo aspecto y no menos importante, a todos nuestros maestros, que aunque buenos y mejores, nos dieron carácter de juristas y visión de abogados, nos enseñaron los caminos de un gran derecho para ser grandes juristas, que la vida les proteja a todos y puedan engrandecer tan noble y honorable labor de formación y que en futuros no muy lejanos volvamos a encontrarnos para hablar de nuestras memorias o servir de ejemplo para las próximas generaciones.

**LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL A LA
LUZ DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD**

TABLA DE CONTENIDO

<i>Dedicatoria</i>	3
<i>Agradecimientos</i>	4
Resumen.....	7
Abstract.....	7
Palabras claves.....	8
Key Words	8
Introducción	9
<i>Capítulo I</i>	11
Derechos Humanos Y Globalización	11
Los derechos humanos.....	16
Derechos innominados.	18
El Sistema Interamericano De Derechos Humanos	22
El control de convencionalidad.	25
<i>Capítulo II</i>	31
Control de convencionalidad y Bloque de constitucionalidad.....	31
Normas que integran el bloque de constitucionalidad.	37
<i>Capítulo III</i>	38
<i>La libertad de expresión en la Convención Americana de Derechos Humanos</i>	38
La libertad de expresión en la jurisprudencia de la corte constitucional	47
El Juicio de Ponderación y el Test de Proporcionalidad	53
Diferencias entre reglas y principios.	56

El principio de proporcionalidad en Colombia..... 57

El Principio de Proporcionalidad como Herramienta Necesaria en la Delimitación de la Libertad de Expresión 61

Informes de la cidh sobre el derecho a la libertad de expresion en colombia desde el año 2010 hasta el año 2015 65

***Conclusiones*..... 72**

***Bibliografía* 75**

Jurisprudencia consultada 77

Resumen

La libertad de expresión es un derecho humano para las sociedades democráticas en razón a que es garantía necesaria y auxiliar de otros derechos, en el mundo de las comunicaciones este derecho debe observarse bajo un enfoque garantista, en el cual las limitaciones que establezcan los Estados deben ceñirse a los lineamientos internacionales, que versan sobre derechos humanos, bajo la anterior premisa se establecerán los pronunciamientos de la Corte Constitucional en Colombia respecto a este derecho, en atención a los lineamientos establecidos por la Corte interamericana de Derechos Humanos, por virtud de comparar y aplicar un Control De Convencionalidad, justificado en la herramienta dogmática del Bloque De Constitucionalidad.

Abstract

Freedom of expression is a fundamental human right for democratic societies because it is the necessary guarantee and the assistant of many other human rights, in the world of communications this human right must be observed with a rights-based focus, in which the limitations that each country establishes must be within the international guidelines that have everything to do with human rights; under that premise the established criteria must be evaluated by the Colombian constitutional jurisprudence regarding this right, attentive to the obligation of following the guidelines set up by the Interamerican Court of Human Rights, by obeying and applying a conventional control, using at the same time a block of constitutionality.

Palabras claves

Derechos humanos, libertad de expresión, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Bloque de Constitucionalidad, Control de Convencionalidad, principio de proporcionalidad.

Key Words

Human rights, freedom of expression, Inter-American Court, Constitutional Bloc, Conventionality Control, the principle of proportionality.

Introducción

La importancia de los Tratados Internacionales sobre los Derechos Humanos y de los órganos internacionales ha delimitado los derechos y su aplicación en los ordenamientos jurídicos locales, dentro de este fenómeno se encuentra el Control de Convencionalidad que supone una obligación internacional y exigible a los Estados Americanos que aceptan la Convención Americana de Derechos Humanos.

Conforme a lo anterior, los Estados-parte deben aplicar las disposiciones de la Convención en el orden interno, por esta razón, la regulación del derecho a la libre expresión, como derecho y garantía de otros derechos humanos, debe apegarse a las disposiciones de la Convención y a la doctrina establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No obstante, se evidencia que incluso ciertos fallos de la Corte Constitucional han desconocido los parámetros de la Convención y la Corte.

Hay que recordar que el ordenamiento jurídico colombiano adoptó un sistema de Control de Constitucionalidad mixto, es decir que se evidencia un sistema de control concentrado, dirigido por la Corte Constitucional, que conoce de las demandas contra las leyes que se consideran inconstitucionales mediante la acción pública de inconstitucionalidad, y también de la revisión de los fallos de tutela por medio de los que se pretende la protección de un derecho fundamental.

El control difuso por otro lado, es el que tiene que realizar todo operador del Derecho cuando encuentra que la aplicación de una norma jurídica esquiva la Constitución, este deberá omitir la aplicación de la Ley, y preferir la Constitución Política. No sobra advertir que, por medio de la institución del Bloque de Constitucionalidad, plasmada en el artículo 93 de la Constitución Política de 1991, los tratados internacionales que versen sobre derechos humanos ratificados por el Congreso de la República hacen parte del bloque normativo de la Constitución Nacional.

Así misma la relación entre la jurisprudencia constitucional y los lineamientos marcados por la Convención Interamericana de Derechos Humanos respecto a la libertad de expresión, es de gran importancia en sociedades democráticas y participativas, garantes de otros derechos de raigambre constitucional y convencional por cuanto permite garantizar la denuncia y oposición de actos nocivos o violatorios de los derechos humanos. Como se ha evidenciado históricamente la libertad de expresión resulta clave para la vigencia de un ordenamiento jurídico respetuoso de los Derechos Humanos y por ello es necesario que sus limitaciones y matices en la jurisprudencia Constitucional se centren en concordancia con los instrumentos internacionales.

En esa línea de pensamiento, el Control de Convencionalidad, como herramienta paradigmática del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, exige de los operadores de normas jurídicas de los Estados Americanos para que realicen un seguimiento y acatamiento de las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos junto con la doctrina de la Corte Interamericana. Esto, con el fin de delimitar los derechos fundamentales en el orden interno. La libertad de expresión, como derecho medular, ha tenido un desarrollo preciso en la Convención y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por medio de su jurisprudencia estableciendo su alcance y limitaciones en ponderación con los derechos

fundamentales, en ese sentido se debe establecer una comparación entre los lineamientos convencionales de origen regional y los lineamientos Constitucionales de orden interno respecto a este derecho.

De lo anterior se extrae que esta compatibilidad tiene una exigencia Convencional, y Constitucional, y resulta mucho más importante, por cuanto el derecho a la libertad de expresión tiene un rango normativo notable, tanto en el ámbito interno, como internacional.

Capítulo I

Derechos Humanos Y Globalización

En el contexto global actual, en donde las fronteras tienden a desaparecer y la comunicación se ha potencializado hasta un nivel de lograr una especie de fraternidad mundial, el Derecho Internacional ocupa un lugar importante en la resolución de problemas jurídicos actualmente, puesto que sin lugar a dudas se apoya en una variedad de instrumentos que hacen posible la exigencia de sus obligaciones, normas y mandatos, en distintos lugares del mundo.

Siguiendo al profesor, Carbonell (2003) en su obra, globalización y derechos humanos, la globalización ha exigido una reestructuración del Derecho, en un ámbito mundial, y con un dinamismo sin precedentes en la historia, llevando a que las instituciones clásicas del Derecho no soporten las nuevas realidades, y generando focos de problemas para las sociedades modernas.

En cualquier sentido se puede señalar que el efecto de la “supra- nacionalidad” ha compuesto un modelo paradójico en las esferas del DerechoPúblico de los Estados, en la medida en que permite que frente a ciertas problemáticas las instituciones públicas y privadas, en el contexto de sus actividades y operaciones, desdibujen los sistemas locales de regulación normativa y propugnen por instituciones regionales y procedimientos universales; en sentido opuesto, se ha generado una exacerbación en la demanda de derechos de minorías segregadas por el plano uniforme de la “supra-nacionalidad”.

Se aclara que dentro de los esfuerzos que han emprendido los Estados bajo el paradigma de la “supra-nacionalidad”, a fin de establecer un marco jurídico integral (de reglas locales e internacionales), los regímenes financieros, económicos y todo lo referente a movimiento de capitales han sido los más desarrollados y consolidados, a su vez, el aspecto de movimiento de capitales ha supuesto de igual forma un punto medular en el Derecho Internacional, y un resquebrajamiento de los derechos humanos, como prioridades de desarrollo regulativo internacional.

De acuerdo con lo anterior, se da espacio a que exista una tensión palpable entre globalización y democracia, y por ende entre globalización y Derechos Humanos, como lo explican algunos autores:

Bajo la perspectiva de que la repartición de recursos escasos descansa bajo las directrices del mercado, conllevando en muchos casos a la constante y generalizada inobservancia de los Derechos Humanos en la población, puesto que los niveles de vida digna, que propugna como derecho la misma declaración universal de Derechos Humanos de 1948 en el artículo 25, tiene un efecto catalizador sobre los derechos particulares de las personas, y permitiendo

considerar que las dinámicas del mercado despojado, no proporcionan una plataforma de protección de los derechos en el contexto de la globalización. (Diaz, 2003, p. 54).

Sin embargo, las declaraciones de derechos universales que se suscitaron en la época posterior a la segunda guerra mundial y que han intentado generar el respeto por los Derechos Humanos mediante la utilización del Derecho, han conseguido sistemas de protección de Derechos Humanos que rivalizan de forma protuberante con medidas, normas, instituciones o prácticas de países particulares que no tienen un sentido antropocéntrico y que por tanto pueden desconocer los derechos plasmados en la Convención, al respecto:

En efecto son muchas las declaraciones de derechos que han superado la simple práctica declarativa y de promoción por medio de la presión política internacional para instaurar regímenes de ejecución estricta de Derechos Humanos, mediante la decisión de tribunales judiciales internacionales. (Donnelly, 1994, p. 54).

Por ende, los tribunales internacionales de defensa de los Derechos Humanos cumplen un papel clave respecto a las operaciones y creación del Derecho local, por cuanto permiten articular una plataforma de Derecho “supra-nacional” que alcance la vigencia de normas económicas regionales, sin el desconocimiento de los derechos humanos, y, por otro lado, cumplen una función integradora, por cuanto administran justicia bajo la globalización.

Por otro lado se hace relevante observar que las relaciones que se suscitan entre el derecho internacional y el derecho interno pueden causar una serie de inconvenientes ya que no se pueden resolver de la misma manera en el derecho interno. Frente a este tema Max Sorensen establece:

La relación entre el derecho internacional y el derecho interno origina varios problemas, muy diferentes de los de las relaciones entre las diferentes reglas de derecho internacional,

principalmente porque el derecho de cada Estado constituye un ordenamiento jurídico completo y más o menos cerrado, con sus propias fuentes: la Constitución Nacional, las leyes, los decretos, las costumbres y las decisiones judiciales; y sus propios órganos ejecutores, la administración del Estado y los tribunales. Esta dualidad de fuentes puede producir conflictos entre las reglas de derecho internacional y las del derecho interno. Si la controversia no se resuelve por decisión de un tribunal del ordenamiento jurídico interno, que está supeditado al derecho interno y hasta puede estar bajo el control del gobierno, es probable entonces que sea resuelto a tenor del derecho internacional (Sorensen, 1973, págs. 40-42).

En vista de lo anteriormente expuesto se evidencia que las controversias entre el derecho internacional público y el derecho interno de los países, siempre ha buscado la manera más expedita y efectiva para la resolución de los conflictos que se ocasionan entre ellos, este autor quiere dar prevalencia y primacía a la capacidad del Estado de resolver los problemas producidos entre el derecho interno y el derecho internacional público, pero esto no es suficiente ya que también interviene el derecho internacional público en caso de que el ordenamiento interno no tenga la capacidad para resolver la controversia.

Por ello es de gran importancia observar y determinar cuál es la relación que existe entre el derecho internacional público y el derecho interno, hecho que genera el debate entre los diferentes juriscultos ya que se establecen dos teorías; la teoría monista y la teoría dualista “la escuela del dualismo sostiene que los dos sistemas son totalmente distintos e incapaces de ninguna penetración mutua; y la de los monistas considera a ambos derechos unidos dentro del marco de un ordenamiento jurídico global (Sorensen, 1973)

En la actualidad las decisiones emitidas frente al tema buscan la armonización entre el derecho internacional público y el derecho interno, hecho que se puede evidenciar en la Constitución Política al momento de permitir hacer parte del ordenamiento interno los tratados de carácter internacional ratificados por Colombia, tal como se evidencia en el artículo 93:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretaran de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. (Constitución Política de Colombia, 1991)

En vista de lo anterior se observa que al interior del ordenamiento jurídico se está ante la figura del pensamiento monista, ya que con el interés de armonizar nuestra legislación con el derecho internacional público, teniendo en cuenta el principio de la supremacía constitucional contemplado en el artículo 4 de la Constitución política, buscando esto la prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario, ratificados por Colombia.

A su vez la Corte Constitucional al respecto refiere por medio de la sentencia C-574 de 28 de octubre de 1992 la cual establece:

La carta reconoce plenos efectos jurídicos a los tratados y convenios debidamente ratificados, concernientes a los derechos humanos. Esto indica que los constituyentes no ignoraron la existencia de esa amplia y promisorio rama que es el derecho internacional de los derechos humanos, alguno de cuyas características tuvimos ya ocasión de señalar. Ella reconoce también plenos efectos jurídicos a las reglas de derecho internacional humanitario, particularmente durante la vigencia de los denominados estados de excepción. Es claro,

pues que las facultades del gobierno durante tales estados encuentran límites efectivos que operan aun antes de la vigencia de la ley estatutaria a que alude la misma disposición constitucional (Corte Constitucional, Sentencia C-574, 1992, pág. 63)

De lo anterior se observa que el ordenamiento jurídico se adapta al derecho internacional público, teniendo en cuenta la salvaguarda de la dignidad humana y la vigencia de los tratados de carácter internacional debidamente ratificados, para hacer parte efectiva de nuestro ordenamiento jurídico.

Los derechos humanos.

Los derechos humanos constituyen una invención trascendental de occidente Nino(1989), ya que con esta invención intelectual de la población humana se han logrado evitar múltiples e hipotéticas catástrofes para la humanidad, y son un impedimento constante de las actuaciones de los Estados frente a las libertades del individuo.

Los derechos humanos responden al llamado efecto vertical, es decir que su promulgación y garantía responden específicamente a la protección del individuo frente a las actuaciones del Estado, la filosofía de los DD.HH.significa directamente la violación de derechos por parte de las organizaciones jurídico-políticas oficiales, y no precisamente a la vulneración por parte de particulares, puesto que en esos casos existen regímenes especiales para su protección, ya que de forma clara recaen sobre los Estados, por ello la garantía de los DD.HH. desde un enfoque directo e indirecto recaen principalmente sobre el Estado, no solo por los históricos conflictos, vulneraciones

y desconocimiento masivo de derechos que ha protagonizado el Estado, influenciado por alguna ideología de política indiferente frente a los derechos básicos.

La protección de los Estados se encuentra vigente en los instrumentos internacionales sobre la materia, así quedo consignado en la Convención Americana de Derechos Humanos:

Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (C.A.D.H., 1969, artículo 1.1)

Es así como se plasma de forma textual en el Sistema Interamericano el efecto vertical que obliga a los Estados a proteger a los individuos en sus libertades básicas, y abstenerse de vulnerar su dignidad humana.

Los derechos humanos (en adelante DD.HH.) como derechos básicos y universales de todos los seres humanos, sin distinción alguna, exigen no solo su reconocimiento formal, sino además los mecanismos jurídicos, políticos, educativos, y culturales para su plena vigencia y desarrollo. Esta teleología que concibe al ser humano como un ser con derechos implícitos únicamente por su condición de tal, supone una empresa difícil de alcanzar, bajo el entendido de que los DD.HH. son una categoría jurídica que exige, por su propia noción o ratio, respeto y vigencia para todas las personas, sin atender a condiciones particulares, que conlleven a anular, suspender, o desdibujar estas condiciones inherentes a todos. Esta idea quedo claramente fundamentada desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos que preceptuó:

Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónoma o sometida a cualquier otra limitación de soberanía. (D.U. D.H., 1949, Art. 2)

Bajo el esquema de la no discriminación, manifiesta la tarea de defensa de estos derechos básicos que comporta un trabajo constante y complejo, entendiendo que estos derechos se extienden a todos los seres humanos, sin atender a situaciones que hagan engañosa su vigencia, como serían las características de los Estados, las leyes nacionales, la diversidad cultural, y la discriminación histórica a distintos grupos poblacionales. La defensa de los DD.HH. supone por ello un esfuerzo diverso, y con ello una campaña constante de respeto; empero en el plano jurídico Faundez(2004) del Derecho de los Derechos Humanos, es la garantía de que estos no se pongan en riesgo, no se vulneren, o se tomen medidas inmediatas de reparación y garantía de no repetición recae sobre el Estado.

Derechos innominados.

“La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.”. (CP DE C. 1991).

Según el artículo 94 de la Constitución Política colombiana de 1991 y el artículo 2° del Decreto 2594, en el que se pide a la Corte Constitucional dar prelación a la revisión de sentencias de tutela referidas a derechos no impresos en la Constitución como fundamentales (Sentencia SU-111/97), por jurisprudencia de esa Corporación se ha logrado la concepción de los derechos innominados. Buscando siempre el reconocimiento por estar implícitos en el ámbito de protección de distintas disposiciones jurídicas fundamentales. En el artículo 94 surgió el concepto de derechos innominados; éstos, según un estudio ocasional de la Universidad de los Andes, han sido reconocidos partiendo de una concepción holística, lo cual significa una masa de estudios, un todo integrado y global de la Constitución. (Ferreira Causil, 2011)

La vía jurisprudencial se ha prolongado ampliamente, estableciendo derechos innominados estudiados, como lo son el Derecho al mínimo vital (T-012 de 2009), el derecho a la seguridad personal frente a riesgos extraordinarios, el derecho a la estabilidad laboral reforzada de sujetos de Especial protección constitucional, el derecho a la subsistencia y derecho al olvido, (Sentencia SU-111/97). El punto central de este tema es buscar un desarrollo verás y concentrado para estos derechos que pueden llegar hacer fundamentales, llevando de la mano siempre conceptos doctrinales y jurisprudenciales tanto nacionales como internacionales.

La constitución política de Colombia contiene criterios esenciales para la persona humana, como las normas de aplicación inmediata que hacen que ella misma se abstenga -esto debe entenderse que ella misma da la opción de ser completada con los parámetros expuestos en la misma-. Es aquí donde comienza la gran importancia de los Derechos Fundamentales, al Colombia entrar a ser un Estado Social de Derecho, el cual debe velar por el cumplimiento de

los tratados y los convenios que se firman; es aquí donde se justifica que Colombia se transforma y evoluciona en los temas sociales, culturales, económicos, políticos, comerciales, y ambientales. Sin embargo, es importante entender que al separar los derechos por grados y dividirlos para un manejo claro y esencial, el constituyente de 1991 abrió puertas a la transformación y la evolución de nuevos derechos que al pasar el tiempo, la sociedad y el sistema jurisprudencial, ha explotado la idea que el mundo día a día trasciende y se forman nuevos derechos, pensamientos, problemas jurídico-democráticos que forman la necesidad de evolución acompañada de los estados y naciones; Ya que no es solo necesidad de un país, es la necesidad a nivel mundial. (Olano, H. 2008).

Gracias a todos los juristas y al poder creador, existe una jerarquización de derechos; antes el juez solo daba respuesta a un problema jurídico con leyes escritas, pero esto se ha replanteado, por lo que existen nuevos conceptos que abren caminos a la bienvenida jurisprudencial, ofreciendo más acción con los trabajos creados por los grandes tribunales, se confiere el poder creador y se ha dado un giro de conceptos nuevos como el de derechos innominados, los cuales también se han desarrollado por todo el continente, y de conceptos jurídicos que no han sido desarrollados que se llevan a cabo tras el estudio de derechos y leyes. Unidas, toda esta transformación es creada para darle un mayor beneficio y una mejor solución a los problemas y a los conflictos del ser; no es simple explicar la magnitud de la transformación y el trabajo que han realizado las Cortes, los Tribunales y los Jueces, lo que demuestra que dicha consolidación de trabajo es el resultado de investigaciones que evolucionan en un país con democracia (entiéndase derecho comparado, como las sentencias de la corte).

El estudio del precedente jurisprudencial y de las subreglas son los conceptos básicos de lo que verdaderamente se trabaja y se valora para crear y darle vida a un desarrollo

constitucional, y que cada sentencia que expide la corte se sustente en precedentes y líneas jurisprudenciales. Esos fallos son verdaderos productores de derecho formal, y en el caso de los derechos innominados, que por su propia definición no están siquiera señalados por la Constitución, establece una de las principales fuentes de derecho, para reconocerlos, nominarlos y perfilar su contenido, a partir de las circunstancias específicas. (Bernal, C. 2009)

No se puede llegar a un concepto claro sin trabajar la estructura de una línea jurisprudencial; en este caso se citan 2 sentencias que serán el pilar de desarrollo del problema jurídico establecido: la primera de ellas es la sentencia T-012 de 2009, la cual destaca por su gran contenido sobre los derechos innominados y la estructura que utilizó el magistrado para darle el valor a los conceptos planteados en el problema jurídico; la otra es la T-713-03, cuya importancia radica en que en ella se encuentra una explicación que extrae una razón de ser: El tiempo que ha transcurrido desde el momento en que se produce la acción o la omisión que vulnera o amenaza el derecho fundamental de una persona no es obstáculo para que se procure la defensa del derecho por medio de la acción de tutela, lo que no es razón suficiente para que un derecho innominado por ser de descendencia de un derecho fundamental va adquirir el valor de fundamental -por ejemplo, el derecho al olvido que nace del habeas data-; la esencia es concretar y estructurar, como la Corte Constitucional hace un estudio a fondo de los posibles faltantes de los derechos fundamentales y por cuestiones contenidas en los Derechos Fundamentales, la Corte Constitucional, tras su balance jurisprudencial y la necesidad del derecho, decide si un Derecho Innominado recibe o no el valor que la Ley y la democracia constitucional necesita.

A manera de conclusión, y de haber estudiado rápidamente la línea jurisprudencial y Metodológica que sigue el Dr. Diego Eduardo López Medina en su libro “El Derecho de los

Jueces”, es vital mencionar que si bien la Corte Constitucional ha sido la encargada de desarrollar con su jurisprudencia la teoría de los derechos innominados en el país, no ha reconocido derechos innominados como fundamentales por sí mismos sino en conexidad con otros Derechos Fundamentales; la jurisprudencia sobre el tema ha sido bastante conservadora, al preferir reconocer derechos innominados como fundamentales por conexidad con otros, o simplemente explicar que no se trata de derechos que tengan tal eficacia, esta labor y fuerza vinculante que se encuentra contemplada en los tratados ratificados por Colombia, por lo que no dejarán -por ahora- que un derecho no numerado no obtenga el carácter y el deber ser de un Derecho Fundamental, aun cuando ya ha sido reconocido lo amplia que es la Carta Política colombiana frente a dichos derechos fundamentales que en ella guarda.

El Sistema Interamericano De Derechos Humanos

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre expuesta en 1948 instituyó el primer documento de carácter general, y con vocación de universalidad sobre DD.HH. en la región, y respondió a la necesidad de crear sistemas de protección regionales, con el fin de una reglamentación internacional que garantice las libertades básicas de las personas. El documento de 1948 supuso el inicio de un proceso gradual de consolidación que siguió con la aprobación de la Convención Americana de Derechos Humanos en el año de 1968, y que entro en vigencia en 1979.

En América Latina, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es el encargado de la protección de los derechos humanos, el cual también realiza procedimientos administrativos y

jurisdiccionales con apoyo en la Convención Americana de Derechos Humanos suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, normatividad que denominan:

El corazón del sistema, porque es a partir de su existencia, cuando se inicia el reconocimiento de los Derechos Humanos, así como la preocupación por la protección de estos derechos por parte de los Estados y la exigibilidad por parte del individuo (Estarita, 2014 p.25).

El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos se compone por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que surge con la carta de la Organización de los Estados Americanos de 1959, que le asignó la función de observancia y defensa de los Derechos Humanos en el continente y servir como órgano consultivo de la organización, en esta materia. El Estarita afirma:

La comisión se asemeja a una fiscalía (dentro del modelo del sistema acusatorio colombiano) puesto que recepciona las denuncias que se presenten contra los Estados por la presunta violación de los Derechos Humanos, agotando la conciliación como solución amistosa del conflicto internacional. Barbosa, (2012) citado por Estarita, (2014, p.26).

En otro aspecto y para ampliar a lo precedente, dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se encuentra la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que fue creada por la Convención Americana de 1969, que inició sus funciones el 3 de septiembre de 1979 en San José de Costa Rica.

Extendiéndonos y conforme a la obra de Donnelly, se explica que aunque la Corte posee una función consultiva, como la que ostenta la Comisión, esta ha trascendido a nivel mundial mediante el ejercicio de su función jurisdiccional, pues esta impone medidas provisionales, ante la presencia

de situaciones notoriamente inclinadas a violar los derechos de la Convención, a su vez juzga y condena la violación de Derechos Humanos por parte de los Estados que desconocen dichos derechos, en efecto la Corte Interamericana complementa al Sistema Interamericano, al agregar un factor de coercibilidad al consenso implícito en la Convención.

Sin lugar a dudas la Corte Interamericana cumple un rol necesario en cualquier declaración internacional de derechos; en la actualidad debido a que la presión política y las medidas indicativas de órganos internacionales pueden tornarse ineficientes, frente a Estados necios, a aceptar, en el marco regional, su participación en la violación de los derechos de la Convención y en consecuencia su responsabilidad internacional en el asunto

Es por ello que se debe señalar que la reparación del daño acaecido por la violación de Derechos Humanos, como garantía internacional de las víctimas (Art. 2, 3, 4 y 37 de la Convención Americana de Derechos Humanos), ha impulsado a que la Corte Interamericana haya desarrollado y desarrolle una jurisprudencia abundante y consolidada, de medidas de reparación.

Las medidas de reparación, frente a los mandatos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos consisten en una reparación adecuada proporcional e integral de las víctimas, que desarrolle unas medidas de satisfacción y las garantías de no repetición. Es conveniente señalar que las garantías de no repetición, generan una obligación internacional para el Estado declarado responsable, en razón al compromiso internacional que supone la Convención Americana de Derechos Humanos, y la aceptación de competencia de la Corte, razón por la cual se deben seguir las órdenes del tribunal, aun cuando estas supongan una alteración de las normas, procedimientos o instituciones del Estado condenado

De acuerdo a lo anterior esta facultad de la Corte Interamericana, permite la modificación de normas jurídicas en el orden interno del país con tal de adecuar dichas normas a los mandamientos de la Convención Americana, con el fin de salvaguardar los Derechos Humanos.

La adecuación de disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias a los mandatos de la Convención supone un Control de Convencionalidad, el cual no solo se ejerce cuando la Corte Interamericana lo ordene para un caso concreto, sino que también exige que los operadores de derecho (jueces) de cada Estado realicen la mentada adecuación en la aplicación de normas internas.

El control de convencionalidad.

El bloque de convencionalidad tiene una construcción a partir del bloque de constitucionalidad Murillo (2016) que pretendía una estructura de tipo Kelseniana, frente a la discusión de ciertas normas de tipo superior con respecto a normas de tipo inferior, por lo que esto genera un conjunto normativo situado fuera del marco interno Alberto (2005) sin embargo esta construcción nace a partir de la disertación entre los jueces internacionales e internos.

Y cabe aclarar que las terminologías convencionalidad o constitucionalidad respectivamente se refieren a convenciones internacionales y Constituciones, esto con el fin de diferenciar las normas supraconstitucionales, por lo que se evidencia en el artículo 2 de la CADH que le da el carácter de superior a las normas interamericanas, toda vez que los Estados miembro tienen la obligatoriedad de adoptarlas mediante el derecho interno de cada país.

Con lo cual la Corte IDH tiene un fuero especial que desafía la separación con el positivismo jurídico y esto genera un beneficio al derecho de carácter universal el cual será aplicable tanto a los estados como a las personas Henebel(2007).

Sin embargo, para la jurisprudencia interamericana de la Corte, el Control de Convencionalidad es más extenso en complemento con lo dicho anteriormente, ya que como se evidencia en el voto razonado del ex presidente de la Corte IDH Sergio García en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú indica cuales son los compendios a tener en cuenta para la aplicabilidad de la Convención Americana de DD. HH. Y que en definitiva no se limita solo a ella, sino que también existen otras normas integradoras del "corpus iuris convencional de los derechos humanos de los que es parte el estado" como el Protocolo de San Salvador, el Protocolo Relativo a la Pena de Muerte y la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer entre otros, ya que la finalidad de estos instrumentos es que sean coherentes entre los actos internos y los compromisos internacionales, dentro de los cuales adquieren deberes y así mismo deben reconocer ciertos derechos a las personas.

Es por ello que el Control de Convencionalidad no solamente tiene aplicación frente a la CADH sino a todas las Convenciones, Acuerdos y demás disposiciones ratificadas por los estados, que desarrollan materias especiales en el ámbito social, que propenden por la armonía de las realidades sociales internas de los estados y sus ordenamientos internos.

Y gracias a la extensión del control de convencionalidad es que su importancia es de suma relevancia especialmente para los jueces internos, ya que todas las convenciones en los diferentes temas sociales son una creación para la interacción entre el derecho interno y el derecho internacional como lo explica el doctor Ferrer Mac-gregor.

De tal suerte que la jurisprudencia convencional se extiende incluso a la que se crea en aquellos asuntos donde no sea parte el Estado nacional al que pertenece, ya que lo que define la

integración de la jurisprudencia de la Corte IDH es la interpretación que ese Tribunal Interamericano realiza del corpus juris interamericano con la finalidad de crear un estándar en la región sobre su aplicabilidad y efectividad. Ferrer (2010). Aunado a ello en lo que respecta a Colombia el Consejo de Estado estima que:

El control de convencionalidad es una manifestación de lo que se ha dado en denominar la constitucionalización del derecho internacional, también llamado con mayor precisión como el “control difuso de convencionalidad,” e implica el deber de todo juez nacional de “realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Consejo de Estado, 2014, sentencia 20030173601).

De acuerdo a lo anterior este control va dirigido a todos los poderes públicos del estado, pero especialmente a los jueces, con lo cual no solamente se invita al juez nacional a respetar y aplicar el propio ordenamiento jurídico, sino que también se ve en la obligación de realizar una “interpretación convencional” con lo cual se confirma si aquellas llegan a ser compatibles con los enunciados previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos como también con los tratados y mandatos del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos y que como lo enuncia la C.I.D.H.:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio

carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (C.I.D.H. 2006, caso Almonacid Arellano y Otros vs. Chile, Párrafo 124)

De tal forma que a manera de ejemplos en las disposiciones interamericanas en casos como la Masacre de Ituango vs. Colombia donde la Corte IDH se inspiró en el fallo de la Corte Constitucional Colombiana con relación al estatuto de los desplazados en el cual se sostenía que la condición de desplazado no se adquiría por estar inscrito en algún registro formal del gobierno, sino que tal condición se adquiría desde el momento en que un individuo se veía forzado a dejar su lugar de residencia habitual (Caso, 2006, Masacre de Ituango vs. Colombia). Así mismo también se toma como referencia la Comunidad Mayagua (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua en donde la solución se da a través de las recomendaciones que elabora la Comisión IDH sobre el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas, siendo el primer Tribunal de carácter internacional a nivel mundial en admitir un nuevo derecho como lo es el de la propiedad colectiva o comunitaria y se podría seguir mencionando una cantidad considerable de ejemplos de tal similitud; que nos lleva a concluir que el sistema interamericano en la construcción del bloque de convencionalidad toma como referente a su vez otros sistemas, consultas, opiniones y cualquier tipo de texto idóneo que colabore con la conceptualización adecuada para la solución de los problemas jurídicos más heterogéneos y extendidos por todo el continente.

El Control de Convencionalidad, como se indica en su misma denominación, busca controlar la coherencia entre las disposiciones normativas de los Estados que han ratificado la

Convención y las normas internacionales sobre Derechos Humanos que componen el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Esta cuestión resulta trascendental, desde un punto de vista teórico formal, puesto que los Estados de Derecho, en adecuación a una sana política normativa, buscan conseguir una coherencia en sus ordenamientos jurídicos, dentro de los cuales las normas sobre derechos humanos del ámbito interamericano tienen fuerza vinculante y un papel relevante en la producción normativa.

En efecto, los Estados adeptos al sistema, el tratamiento que se le asigne al orden jerárquico del ordenamiento jurídico supone una coherencia y validez material y formal de sus componentes, verbi gracia, en un Estado Social de Derecho como Colombia, las normas que reconocen Derechos Humanos tienen una importancia jurídica especial, esto por mandato del artículo 93 de la Constitución Política de 1991.

El asunto de la coherencia, que se encuentra íntimamente ligado al aspecto de la jerarquía normativa y que permite conciliar las disputas entre normas, resulta salvaguardado por medio del Control de Convencionalidad, en la medida, que propende por el establecimiento de un sistema jerárquico libre de antinomias corresponde como expresa Rodolfo Correa dice:

(...) la jerarquía del ordenamiento jurídico es, precisamente, condición fundamental para su existencia. Es decir, si no existiera una relación de subordinación entre los componentes normativos del sistema, su misma condición de ordenamiento jurídico quedaría en entre dicho al tener, todas las normas que lo integran, un mismo valor, y, por tanto, hacer imposible al momento de la aplicación, la determinación de la norma prevalente en caso de incompatibilidad dentro de las mismas. (Correa, 2009, p.177)

En función de la jerarquización de las normas dentro de un ordenamiento jurídico, se puede hablar de control, más precisamente de Control de Convencionalidad al establecerse una verdadera superioridad de las normas adscritas en la Convención, este control se logra mediante la adecuación o expulsión de normas inferiores con el fin de acatar la obligación internacional de respetar la Convención.

El Control de Convencionalidad, desde un punto de vista material o formal ha sido definido por la doctrinante Hernández como “el control que se ejerce sobre normas jurídicas tomando como referencia o marco una norma que se considera superior, para el caso la Convención Americana de Derechos Humanos” (Hernández, 2014, p.37); desde un punto de vista más concreto el profesor Estarita lo define como “...un instrumento establecido por el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, para evitar que en las decisiones que tomen las autoridades públicas se vulneren los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana.” (Estarita, 2014, p.45)

La Corte Interamericana se ha referido al Control de Convencionalidad, mediante su jurisprudencia, que está en un proceso de evolución, y en la que se ha consolidado esta herramienta jurídica internacional, no obstante y junto al pesar de las dificultades conceptuales que supone delimitar esta institución que obliga a miles de agentes de los Estados a controlar las disposiciones jurídicas internas en su operación práctica rutinaria, la Corte Interamericana se ha referido a la obligación subyacente, que hace posible este tipo de control, que al respecto menciona:

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que

los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin.

Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (Corte Interamericana, 2006, caso, *Cabrera García y Montiel Flores Vs Mexico*, párr. 225)

Se ve claramente que la anterior sentencia concibe que la obligación de delimitar las disposiciones de derecho interno a los mandatos de la Convención no solo se encuentra en cabeza de la Corte Interamericana, sino que se radica en cualquier operador de Derechos de los Estados partes de la convención.

Capítulo II

Control de convencionalidad y Bloque de constitucionalidad.

Con la entrada en vigencia de la constitución política de 1991, se surtió un cambio paradigmático respecto a las finalidades de la organización jurídico política del Estado Colombiano, en efecto la entrada en escena de esta carta de derechos trajo consigo la hegemonía de

los derechos fundamentales en todas las expresiones del Estado, y por ello el enfoque antropocéntrico devino en un abanico de derechos.

Lo anterior se catalizo, entre otras, por las repercusiones de la acción de tutela, las funciones de la Corte Constitucional, y el reconocimiento de derechos de carácter internacional, en esta orbita se tiene que la Constitución Política en su artículo 93 estableció el llamado Bloque de Constitucionalidad, consistente en la apropiación de normas jurídicas relativas a derechos humanos, que sin estar materialmente en el articulado de la Constitución, hacen parte funcional de esta, por reenvió normativo de la constitución misma.

Es de gran importancia resaltar que la Corte en su legado jurisprudencial siempre ha optado por la incorporación de los textos de los tratados de derechos humanos, para lo cual evita las vagas nociones de la filosofía política, lo que le ha permitido que no se extienda de manera errónea el alcance de dicha noción.

En consecuencia, la Corte ha sido lo suficientemente rigurosa con la incorporación de normas al Bloque de Constitucionalidad, ya que solo podrán tener ese carácter aquellos escritos, derechos o principios que tengan una expresa expedición Constitucional como pasa en los tratados de derecho humanitario y derechos humanos. (C.N. artículos 93 y 214).

Y aun cuando la Corte ha incorporado normas de carácter internacional con las características anteriores, esta a su vez ha sido cuidadosa con el manejo dogmático de la categoría. Empero se encuentran ciertas dudas como:

De un aspecto, la naturaleza de la noción no es clara, pues no son lo mismo la sentencia C-225 de 1995 frente a la incorporación de un tratado de derecho humanitario al bloque, que incluir la sentencia T- 568 de 1999 la cual es una resolución de una instancia internacional en un caso

específico. Se observa en la primera que son normas permanentes, abstractas y generales y en la segunda sentencia corresponde a una decisión concreta de una controversia. Lo que evidencia una ambigüedad respecto a este tipo de eventos.

Por otra parte la incorporación de los tratados también genera otro tipo de interrogantes ya que existe una definida disparidad entre los incisos primero y segundo del artículo 93 de la Carta Política, ya que si se aplica el inciso primero para la entrada de un tratado de derechos humanos al bloque entonces se necesita no solamente que sea ratificado por Colombia sino que los derechos contenidos en el tratado no puedan ser prohibidos en los estados de excepción. Y de forma contraria si la forma de incorporación de basa en la disposición del inciso segundo entonces, de forma aparente basta con que se trate de un convenio ratificado por el estado colombiano.

Por lo tanto, se crea la duda de ¿Cuáles son las normas en sentido lato o estricto del bloque de constitucionalidad? Esto sucede porque en nuestra jurisprudencia específicamente en las sentencias C-225 de 1995 y C-295 de 1993 estiman que tan solo algunos tratados de derechos humanos tienen rango constitucional, ratificados por Colombia, sin embargo en otras decisiones como en la sentencia T-483 de 2000 incorpora todos los tratados de esa naturaleza y de otro lado al parecer algunas sentencias intentan incorporar todas la leyes estatutarias en el bloque desde el sentido lato y esta disposición la encontramos en la sentencia C-582 de 1999 y en otras solo hacen referencia la incorporación de la Ley estatutarias de estados de excepción como se evidencia en la sentencia C- 708 de 1999.

Además de todo lo anterior la Corte también se pronunció respecto de los convenios de la OIT en los cuales le da fuerza vinculatoria interna y además también lo son las resoluciones de los órganos de control de la OIT como el Comité de Libertad Sindical o el Consejo de Administración de la OIT como se expresa en el caso suscitado en la sentencia T- 568 de 1999, que luego mediante

otro proceso intentaron la nulidad de la misma, pero esta se ratificó en la decisión anterior, y que a su vez la misma dispuso que por la ratificación de los convenios de la OIT en Colombia y los cuales hacen parte de la legislación interna Colombiana, los jueces deberá atender el criterio de los órganos de control de la OIT siendo estos sus legítimos intérpretes.

En conclusión esta discusión nos plantea el problema entre la Corte y sobre si los convenios de la OIT hacen parte o no del bloque, ya que se requiere de saber cuál es el artículo constitucional de relevancia para estipular si es operable esa incorporación al sistema interno, toda vez que se tiene que el inciso primero del artículo 93 excluiría muchos convenios de la OIT del bloque, pues se considera que estos no consagran derechos humanos no restringibles en los estados de excepción, pero la Corte por el contrario emplea normas de reenvío, como en la interpretación del artículo 53 y el artículo 93 en su inciso segundo.

Tenemos entonces que el bloque de constitucionalidad es variado y dinámico en la incorporación de normas internacionales al igual que jurisprudenciales en materia de derechos humanos, lo cual es de importancia tanto para mantener la vigencia de los mismos, como la discrecionalidad de la Corte Constitucional, para adecuar la doctrina a esas disposiciones internacionales. Sin embargo, esto a su vez causa inseguridad jurídica, ya que es necesaria una sistematización de doctrina, para lo cual es pertinente una teoría constitucional adecuada.

Entonces, de acuerdo a lo anterior, nos enfrentamos a tres problemas de ambigüedad que consisten en: 1. Su función y naturaleza, 2. El procedimiento para la incorporación de principios nuevos y derechos, y 3. La lista de normatividad que lo integran. Es por ello que estas tres problemáticas sugieren una respuesta, que le sigan permitiendo una dinámica en la incorporación de derechos humanos.

Naturaleza y función.

Uno de los pilares más importantes en la distinción jurídica de lo que se quiere decir, radica en el empleo del lenguaje que contextualiza las diferentes formas doctrinales para referirse a ciertos asuntos, además, que estos mismos constituyen jerarquías, tanto conceptuales como funcionales. En el caso de la Corte cuando emplea términos como “bloque de constitucionalidad”, “normas de rango constitucional”, “parámetros de constitucionalidad de las leyes” y “normas constitucionalmente relevantes en un caso específico” necesariamente hacen parte de determinados escenarios, por ejemplo, en la sentencia T-568 de 1999 la Corte señaló que la recomendación del Comité de Libertad Sindical era pertinente para la resolución del caso en cuestión, sin embargo no fue adecuada la expresión de la Corte al expresar que dicha intervención hacía parte del bloque de constitucionalidad, puesto que esa concepción hace referencia a aspectos más generales y estables del caso en concreto de tal manera que es importante utilizar otro termino para aquellas normas generales o singulares, que son pertinentes solo para el caso en particular al momento de decidir un asunto constitucional, pero que no tienen jerarquía constitucional, ni representan un parámetro de constitucionalidad de las leyes, este tipo de precisiones semánticas permitirán que se llenen los vacíos ambiguos sobre la naturaleza y la función del bloque de constitucionalidad.

Métodos de reenvío normativo en la reconstrucción del bloque

La Corte ha establecido los parámetros para la inclusión de normas al bloque y para ello establece una regla constitucional que ordene su inclusión, sin embargo, es necesario establecer cuáles son las técnicas de remisión aceptadas por nuestra Constitución.

Desde el punto de vista del derecho comparado existen 5 técnicas de reenvío que se clasifican en seguras jurídicamente y cerradas; y complejas y abiertas 1. La remisión a aquellos textos que son definidos y cerrados, como cuando las constituciones latinoamericanas incorporan la Convención Americana, 2. El reenvío a textos cerrados, que generan polémicas superficiales, como en el caso del preámbulo de la Constitución Francesa de 1946, el cual fue remitido por el preámbulo de la carta de 1958, que direcciona a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la república. 3. La remisión de textos a desarrollar como en el caso de que la constitución española que hace referencia a los estatutos de autonomía que fueron aprobados más tarde. 4. Las remisiones abiertas a principios y a valores, como sucedió en el caso de la cláusula de derechos innominados de la IX enmienda de la constitución estadounidense. 5. La remisión a otros valores por medio de conceptos indeterminados, como en el caso de la cláusula del debido proceso sustantivo en Estados Unidos,

En Colombia tenemos que nuestra Constitución no recurre a la forma más segura, la cual es: la remisión a textos cerrados precisos, sino que introduce las otras formas de reenvío, como es la de remisiones de textos cerrados pero indeterminados, como el caso de los de los convenios de la OIT en donde la constitución hace mención genérica de los mismos (C.N. artículo 53) y en algunos tratados de Derecho Humanitario y Derechos Humanos como en los artículos 93 y 214 de la C.N. también se involucran textos a desarrollar por desarrollar como las leyes estatutarias y orgánicas de los artículos 151, 152, 153 y 214 de la Constitución Nacional o si Colombia ratifica nuevos convenios estos están contenidos en los arts. 53, 93 y 214 de la Constitución, también nuestra carta

hace remisiones indeterminadas como las contenidas en el artículo 94 que son de naturaleza innominados. Por último, la Constitución emplea las remisiones de tipo abierto cuando se funda en la primacía de los derechos inalienables de la persona o los de la dignidad humana como se contemplan en los artículos primero y tercero de la Constitución.

Normas que integran el bloque de constitucionalidad.

Con el acápite anterior sobre las remisiones de las normas de la Constitución en su construcción, se definirán aquellas normas que integran el bloque de constitucionalidad tanto de forma estricta como en sentido lato. En sentido estricto encontramos:

1. El preámbulo.
2. El artículo constitucional
3. Los tratados sobre los límites ratificados por Colombia
4. Tratados de derecho humanitario
5. Los tratados ratificados que reconocen derechos intangibles
6. Los artículos de tratados ratificados en derechos humanos que se trate de derechos reconocidos por la carta.
7. La doctrina hecha por los tribunales internacionales relacionadas con esas normas internacionales.
8. Los convenios de la OIT y la doctrina de sus órganos de control

En sentido lato se encuentran:

1. Las pautas anteriores
2. Las leyes estatutarias
3. Las leyes orgánicas

Con esto se evidencia la sistematización que ha realizado la Corte en algunas sentencias, que facilita el manejo por los operadores jurídicos y demás conocedores, para el entendimiento del sistema del bloque de constitucionalidad que tiene cierta complejidad, y que desarrolla a cabalidad el doctor Uprimi, mostrando los avances en materia de constitucionalidad en relación con la internacionalización de normas en nuestro ordenamiento jurídico.

Capítulo III

La libertad de expresión en la Convención Americana de Derechos Humanos

La libertad de expresión es un derecho de importancia rotunda en el contexto democrático, participativo, y también, bajo el enfoque deliberativo de las ideas en una sociedad de la información; es dable admitir que, en una sociedad democrática, la participación política directa resulta inofensiva sin la posibilidad de que cualquier individuo manifieste su opinión frente a decisiones o actuaciones públicas que lo afectan, o en representación de otros.

La democracia se conjuga directamente con la posibilidad de exponer nuestro descontento o adherencia a una actividad, decisión, política o cualquier manifestación del Estado o de otros miembros de la comunidad con el fin de que los problemas que se presenten sean tratados dentro

del marco del debate y se logren soluciones verdaderamente democráticas, excluyendo el factor de la imposición.

Para ampliar lo anterior y conforme a la doctrina “el derecho a la libertad de expresión permite el tránsito libre de las ideas, fomentando una actitud crítica respecto a la verdad” Huertas, (2009) de esta manera el derecho consolida una igualdad de armas frente a la opinión de los demás, al permitir que todos los individuos, sin distinción, esbocen sus argumentos.

De acuerdo a la importancia histórica que ha tenido el derecho a la libertad de expresión, en las revoluciones y procesos históricos que han consolidado, precisamente, las declaraciones de derechos, como por ejemplo la revolución francesa, la ilustración, etc. Se encuentra plenamente respaldado por la normatividad internacional, en efecto el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, plantea lo siguiente:

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. (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948)

De igual manera, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece un marco normativo internacional a favor del derecho a la libre expresión en su artículo 19, conviene señalar en concreto la nota mencionada:

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de

fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho 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.

(Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1969, art. 19)

Desde la perspectiva del sistema regional, se encuentran instrumentos normativos destinados a la protección y delineamiento del derecho a la libre expresión, y que son parámetros obligatorios en la práctica jurisdiccional de la Corte Interamericana, en primer término podemos señalar el artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, con respecto a que: “Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio”.

En forma congruente, y con un ánimo regulador mucho más abarcador, La Convención Americana de Derechos Humanos regula varias facetas del derecho a la libre expresión, dicho marco regulador está inscrito en el artículo 13 de la Convención Interamericana el cual supone un parámetro claro de Control de Convencionalidad respecto al ejercicio del derecho de libre expresión dentro de los Estados Americanos.

Al respecto, la Convención Americana de Derechos Humanos, estipula:

- 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 posteriores, 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.

(Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, art. 13)

Los instrumentos internacionales mencionados anteriormente son, sin lugar a dudas, parámetros normativos del Control de Convencionalidad, sin embargo, de acuerdo a la naturaleza de dichas disposiciones, y con el interés de conocer los límites de la libertad de expresión es necesario identificar los contornos que ha demarcado la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Medina, Dice:

Los contornos que marca la jurisprudencia Corte Interamericana, tienen fuerza normativa para los casos en que el Estado es parte y gozan de una fuerza normativa relativa dentro de los ordenamientos de acuerdo al precedente interamericano, además, no cabe duda que la labor de la jurisprudencia en temas de Derechos Humanos, al igual, que los tribunales constitucionales en los Derechos fundamentales, es una labor creadora. (Medina, 2006, p. 25).

La Corte Interamericana, bien por medio de sentencias de responsabilidad internacional o mediante opiniones consultivas que elevan a los Estados con el fin de prefijar las disposiciones internas a los mandatos de la Convención, ha identificado las principales aristas de la libertad de expresión y ha enfatizado en la importancia cardinal de este derecho como garantía de otros derechos de la convención.

Al respecto, la Corte se ha referido a la conexión de este derecho con el valor de la democracia y de la libertad en general, pues indica que es garantía de otros Derechos Humanos, como referencia tenemos la Opinión consultiva que expresó lo siguiente:

La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también conditio sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las

sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre. (OC-5/85, 1985, párrafo 70,1985)

En otro aspecto, en una juiciosa interpretación del artículo 13 de la Convención, la Corte Interamericana especificó que el derecho de libre expresión tiene una doble dimensión que también hace urgente su protección estatal, pues se indica que no solo el titular del derecho cuando se le restringe el expresar sus ideas se ve amenazado en sus derechos, sino que también el resto de la sociedad se ve afectada por no recibir la información que el titular quiere transmitir.

En la ya mencionada opinión consultiva, indico:

El artículo 13 señala que la libertad de pensamiento y expresión "comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole..." Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a "recibir" informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por

tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. (Corte Interamericana, Opinión Consultiva 1985, párr. 30)

De igual forma en la sentencia de Olmedo Bustos y otros Vs. Chile, también denominada, “la última tentación de Cristo” del 5 de febrero de 2001, en su párrafo 69, en seguimiento de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana aceptó que la importancia de la libre expresión resguarda incluso a las ideas que “chocan, inquietan u ofenden” y que la represión de estas ideas supone una restricción desproporcionada del ejercicio de la democracia por medio de la expresión de ideas.

Bajo el anterior planteamiento, se indica que las limitaciones del Derecho a expresar las ideas, y de la comunidad a recibir la información transmitida, ostenta una limitación clara en los términos del numeral 2 del artículo 13 de la Convención, dentro de los que se encuentran los siguientes; (a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, y (b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública, conforme lo expresa este autor:

Estas limitaciones taxativas de la Convención no operan de forma automática y plena, ya que esto supondría una plataforma para limitaciones injustificadas y desproporcionadas del derecho a la libre expresión a favor, generalmente, del orden público. Por ello la Corte ha expresado que, si bien estas medidas o restricciones al derecho en mención pueden ocurrir bajo el amparo de la Convención, es necesario que las autoridades de los Estados realicen un estricto examen de proporcionalidad, con la finalidad de que las limitaciones se den en el marco del respeto al principio de legalidad, proporcionalidad y racionalidad” (Barbosa, 2012, p. 56)

Para ampliar el anterior aspecto, La Corte Interamericana ratifico:

El Tribunal ha señalado que la “necesidad” y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas en 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 aquella 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 que la Convención garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión”. (Palamara Iribarne Vs. Chile, 2005, párr. 85)

Conforme al criterio de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las limitaciones del derecho a la libertad de expresión deben superar un juicio de proporcionalidad estricto en el entendido de si existe una restricción que busque una finalidad de mayor o igual importancia jurídica de tal modo que se afecte en la menor medida posible el derecho, acorde a la limitación más adecuada, y que esta limitación sea proporcionada a la consecución del fin que se persigue.

La “necesidad” y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas en el artículo 31 de la Convención Americana, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquella 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 dicho artículo, es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión. (Opinión consultiva, 1985, 5/85)

No sobra advertir que si bien las limitaciones de la libertad de expresión deben superar un juicio de proporcionalidad con el fin de establecer limitaciones necesarias, idóneas y en estricto sentido proporcionales; esta limitación puede considerarse material, puesto que se examina la limitación desde un punto de vista de colisión de derechos, y no por ello debe perderse de vista que la primera condición necesaria que impone la convención, a la voz del artículo 13.2 es la necesidad de que dicha limitación se encuentre en la Ley, es decir que sin importar que la limitación a la libre expresión supere el juicio de proporcionalidad, y sea jurídicamente viable imponer la restricción, no debe admitirse, por el requisito formal, de que la limitación este evocada en la Ley, como un requisito formal para admitir la limitación.

La libertad de expresión en la jurisprudencia de la corte constitucional

La libertad de expresión, como un derecho natural de los Estados democráticos ha sido reconocido por la constitución política de 1991, por cuanto como derecho fundamental, motiva y estipula sendos escenarios jurídicos, regímenes e instituciones oficiales y extraoficiales, y es un derecho fundamental dentro de la estructura Constitucional. Este sentido, sin embargo, no solo se constituye en su reconocimiento en el texto constitucional, sino que trasciende a otros aspectos normativos, criterios extra sistemáticos y derechos correlativos, así lo expuso la Corte Constitucional:

El artículo 20 de la Carta Política consagra simultáneamente varios derechos y libertades fundamentales distintos, y en virtud de lo dispuesto en los artículos 93 y 94 de la Carta Política, se ha de interpretar a la luz de los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos que obligan a Colombia y que contienen disposiciones sobre el particular. A la luz de tales instrumentos internacionales, se tiene que el artículo 20 de la Constitución contiene un total de once elementos normativos diferenciables: (a) La libertad de expresar y difundir el propio pensamiento, opiniones, informaciones e ideas, sin limitación de fronteras y a través de cualquier medio de expresión –sea oral, escrito, impreso, artístico, simbólico, electrónico u otro de elección de quien se expresa-, y el derecho a no ser molestado por ellas. Esta libertad fundamental constituye la libertad de expresión stricto sensu, y tiene una doble dimensión – la de quien se expresa, y la de los receptores del mensaje que se está expresando. (b) La libertad de buscar o investigar información sobre hechos, ideas y opiniones de toda índole, que junto con la libertad de informar y la de recibir información, configura la llamada libertad de información. (c) La

libertad de informar, que cobija tanto información sobre hechos como información sobre ideas y opiniones de todo tipo, a través de cualquier medio de expresión; junto con la libertad de buscar información y la libertad de recibirla, configura la llamada libertad de información. (d) La libertad y el derecho a recibir información veraz e imparcial sobre hechos, así como sobre ideas y opiniones de toda índole, por cualquier medio de expresión. Junto con los anteriores elementos, configura la libertad de información. (e) La libertad de fundar medios masivos de comunicación. (f) La libertad de prensa, o libertad de funcionamiento dichos medios masivos de comunicación, con la consiguiente responsabilidad social. (g) El derecho a la rectificación en condiciones de equidad. (h) La prohibición de la censura, cualificada y precisada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (i) La prohibición de la propaganda de la guerra y la apología del odio, la violencia y el delito, cualificada y precisada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, (j) La prohibición de la pornografía infantil, y (k) La prohibición de la instigación pública y directa al genocidio (Corte Constitucional, 2007, sentencia T-391).

Del apartado se extrae claramente que la Corte Constitucional reconoce la integración vía Bloque de Constitucionalidad de los criterios esgrimidos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y que se consolidan en el instrumento denominado Control de Convencionalidad, y por ello establece unas directrices claras de reconocimiento y protección del derecho a la libertad de expresión. En el mismo sentido, se extrae que existen limitaciones expresas a la libertad de expresión. Sin embargo, las limitaciones a la libertad de expresión deben obedecer a

reglas muy claras y estrictas para que pueda inducirse la idoneidad de las limitaciones a la libertad de expresión, por ello la Corte habla de los límites en su vasta jurisprudencia:

Si bien la Carta protege de manera especial la libertad de prensa, es posible que se establezcan restricciones a la misma a fin de asegurar la convivencia de este derecho con otros bienes constitucionales. Sin embargo, es obvio que esas restricciones tienen a su vez límites estrictos, pues la libertad de expresión es un derecho fundamental, que ocupa un lugar preferente en nuestro Ordenamiento Constitucional. Conforme a lo anterior, debido a su lugar preferente, las limitaciones a la libertad de prensa se encuentran, en general, sometidas a un examen constitucional muy estricto. (Corte Constitucional, Sentencia C-010 de 2000).

En esta línea argumentativa. Se tiene que las limitaciones a la libertad de expresión, tiene una lógica, procedimiento y exigencias concretas, y que la violación de estos límites, conlleva necesariamente a un desconocimiento de la garantía fundamental, y a los criterios que ha demarcado la Corte Interamericana, por ello en el momento de establecer límites concretos, se debe seguir un estricto juicio.

Podemos citar en primer término que aun cuando se reconozca la libertad de expresión, y se establezcan mecanismos de protección, la jurisprudencia constitucional en una de sus sentencias emplea términos que a la luz de Convención Americana no pueden fundarse para establecer un parámetro de restricción suficiente, es decir no son idóneas bajo el esquema de la proporcionalidad de derechos, puesto que no persiguen un fin constitucionalmente legítimo.

Ahora bien, el derecho a la información no es absoluto ni puede alegarse la garantía de su pleno disfrute como argumento para desconocer derechos de los asociados ni para evadir los

necesarios controles estatales sobre la observancia del orden jurídico o sobre la prestación de los servicios que permitan canalizar informaciones al público. Por tanto, nada impide, a la luz de la Constitución, que el Estado contemple requisitos para recibir, manejar, difundir, distribuir o transmitir informaciones, ni que establezca restricciones o limitaciones por razón del imperio del orden jurídico, para hacer efectivos los derechos de las demás personas -tales como la honra, el buen nombre o la intimidad- o con el objeto de preservar el interés colectivo. (Corte Constitucional, 1996, sentencia C-073) (Subrayado fuera de texto)

La anterior sentencia desconoce, en primer término, la regla convencionalmente aceptada, de que debido a la importancia que ocupa la libertad de expresión dentro de las sociedades democráticas, no se puede limitar este derecho en favor de cualquier otro derecho fundamental, sino que debe ser un derecho fundamental del mismo calibre constitucional. En segundo lugar, la acepción generalizada de “interés colectivo” no puede tenerse por sí sola, como un valor o principio suficiente para cohibir el ejercicio del derecho estudiado, puesto que esta noción tan general y abstracta, debe materializarse en una medida especial, particular y evidente ante cualquier persona, de ponderación de derechos, de esta forma lo preciso la Corte Interamericana:

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 artículo 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 (Opinión consultiva, 1985, 5/85).

En resumen, se tiene que la limitación, invocando un interés colectivo, debe concertarse en razones muy concretas, que ameriten de forma real una limitación jurídica que sea estrictamente necesaria, en atención a ello, la jurisprudencia constitucional precisó en jurisprudencia más afortunada, que los casos de limitación exige necesariamente (i) que las limitaciones a la libertad de expresión se encuentre de forma previa, expuestas en la Ley, es decir en las formulaciones generales, abstractas e impersonales promulgadas por el aparato legislativo, en un actuar democrático, esto se traduce claramente, a que las actuaciones limitantes deben sujetarse al principio de legalidad, en procura de un control estricto por parte de los órganos jurisdiccionales pertinentes, (ii) que las limitaciones atiendan a las contenidas en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Una restricción es conforme a la Convención Interamericana si consiste en una forma de responsabilidad posterior, pues la censura previa se encuentra prohibida. Además, debe tratarse de una causal que se encuentre previamente prevista en la ley, de manera clara y taxativa, y que sea necesaria para proteger los fines previstos por la propia Convención, a saber, el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas.

... Las limitaciones, basadas en la imposición de responsabilidades ulteriores por la violación de prohibiciones previas, no constituyen censura previa y se encuentran claramente autorizadas por la Convención Interamericana, siempre y cuando representen medidas necesarias para defender ciertos bienes constitucionales. Es más, este tratado precisamente exige que toda restricción a la libertad de expresión haya sido previa y

claramente definida en la ley, como un requisito de seguridad jurídica, que refuerza la protección a esta libertad, en la medida en que evita castigos ex post facto en este campo.

Una cosa es entonces una prohibición previa, pero que genera responsabilidades ulteriores, que es legítima, y otra diversa es la censura previa de una publicación o de una emisión radial, que se encuentra proscrita por la Constitución y la Convención Interamericana. (Corte Constitucional, Sentencia C-010 de 2000).

Con estas limitaciones se tiene que la jurisprudencia constitucional, ha podido llevar a cabo un control de constitucionalidad, mediante distintas técnicas judiciales, y debido al caso del conflicto de derechos que suscita la causa de las limitaciones de la libertad de expresión, abordadas por el principio de proporcionalidad, o test de ponderación para evaluar la limitación.

Se tiene por ello, que las limitaciones se encuentran expresadas en la ley, y que se encausen en excepciones establecidas en el artículo 13 de la convención, son condiciones objetivas para evaluar la limitación del derecho, y superados estos diques, debe observarse un criterio valorativo que se soluciona en la estricta ponderación, así por ejemplo se tiene que una limitación legal, que se funde en las demarcadas en el artículo 13 de la convención no puede llegar a negar el derecho a la libertad de expresión, es decir, que el límite del límite consistirá en que la restricción sea la menor posible, de acuerdo a la situación fáctica particular.

La libertad de expresión puede ser restringida para proteger el orden público. Pero, para que la limitación sea legítima, es menester que, en los términos de la Corte Interamericana, la restricción no sólo se ajuste estrechamente al logro de ese objetivo, sino que, además, sea aquella que limite en menor escala la libertad de expresión.

De acuerdo a lo anterior, la libertad de expresión puede limitarse por otros derechos, empero no cualquier derecho constitucional o legal, sino a un derecho, principio o valor de mayor, o igual rango normativo, empero aun cuando se establezca la limitación, esta debe ser la menos gravosa para este derecho fundamental. En ese sentido el derecho a la libertad de expresión, y de acuerdo a su naturaleza, se encuentra en una colisión constante y permanente con otros derecho, en especial en las democracias occidentales, en donde la jurisprudencia ha entronado el bloque de protección de este derecho, por los reiterativos problemas constitucionales que suscita y la ley se muestra insuficiente (Freixes, 1996), esta colisión constante del derecho a la libre expresión, no es extraña en Colombia, y por ello existe robusta jurisprudencia sobre este derecho fundamental.

Tanto es así, que el juicio de proporcionalidad, es la herramienta necesaria para evaluar casi cualquier caso de posible limitaciones inconstitucionales a la libertad de expresión, pues pondera de forma clara hasta qué punto llega esta garantía fundamental, y hasta qué punto puede limitarse, aclarando los requisitos previos, como la censura previa, o la necesidad de restricciones plasmadas en la ley.

El Juicio de Ponderación y el Test de Proporcionalidad

La ponderación comprende aspectos entre los derechos y los principios, es decir, la manera en cómo se relacionan estos cuando entran en conflicto y se encuentran bajo la misma jerarquía o importancia, en apariencia, pero que para resolver, dispone de unos postulados que enuncian su diferenciación y aplicación al problema planteado, de mejor manera, indica la forma en cómo, cual de esos derechos o principios es más importante frente a otros.

El concepto de “ponderación”, el cual deviene del latín *pondos* que significa peso, dicho significado es de suma importancia, ya que cuando un juez pondera, su función consiste en sopesar los principios que concurren al caso concreto, y poder así resolver la controversia suscitada, dando prevalencia a uno sobre el otro, en decisión debidamente justificada, que no siempre resolverá casos similares con la misma solución. (Bernal, 2013, p. 25)

Y es así como se crea la figura de la ponderación, la cual se empieza a desarrollar con los postulados planteados por Ronald Dworkin, quien para los años 70's, realiza una crítica al positivismo jurídico, planteando que en la positivización del derecho no se tuvo en cuenta el rol de los derechos, pero más específicamente el de los principios jurídicos. Para lo que él razonaba que las normas podían ser tanto reglas como principios, sin embargo para la época el positivismo solo había enunciado el sistema jurídico como un sistema de reglas, por lo que se olvidó de cómo funcionaban los principios, entendiendo que el razonamiento con principios es diferente al razonamiento con reglas, por tanto si el derecho se enfrentaba ante la controversia entre principios, catalogados con un gran peso de importancia, no permitía su resolución con los métodos convencionales del derecho para resolver los conflictos con reglas.

Con lo cual Dworkin indicaba que dicho problema se solucionaba mediante la ponderación; siendo este el punto de las discusiones en torno al tema.

Ahora bien, en contextos actuales se evidencia que muchos derechos tienen el carácter de principios, por ser normas generales, que no tienen especificada su condición de aplicación, sin embargo solo en ciertos casos especiales se requiere que mediante el operador jurídico, se especifiquen esas condiciones frente a ciertos casos,

Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera distinta. Ya que cuando dos principios entran en colisión – tal como ocurre cuando, según un principio, algo está prohibido, y según otro principio, lo mismo está permitido, uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro, y este último no se aplicaría para el caso concreto, ocasionaría una incertidumbre jurídica, ya que por el caso especial la aplicación de este principio sería diferente (Alexy, 2003, P 131).

Es por ello que Robert Alexy, propone un método para ponderar estas situaciones, en el cual se inspiró de las formas empleadas por el Tribunal Constitucional de Alemania, con lo cual desarrolla el principio de proporcionalidad, que a su vez está compuesto por 3 subprincipios denominados: 1. El principio de idoneidad, 2. El principio de necesidad y 3. El principio de proporcionalidad en sentido estricto. Con lo que se estructura la ponderación; que va a establecer los tres pilares anteriores cuando se está frente a un conflicto ya sea de derechos o de principios.

A saber, respectivamente el principio de idoneidad, se basa en establecer si uno de los que está en juego es un principio apto, para proteger los derechos que se supone pretende proteger, de no resultar idóneo, el caso se resuelve de manera simple y es que no se está configurando el conflicto entre derechos o principios, según como se presente. Como segundo componente está la necesidad, la cual propone estudiar si dentro del problema planteado hay otras medidas menos gravosas o alternativas frente al derecho o principio que se pretende proteger, de hallarse una medida alternativa se concluye que la que en principio se planteó no es necesaria, una vez cumplidos los dos procedimientos anteriores se procede a buscar la proporcionalidad entre los derechos o principios en conflicto, que consiste básicamente según Alexy en comparar la afectación de cada uno de los derechos, es decir: qué tanto se afecta un derecho con los otros derechos que están en pugna. Es así que se analiza; qué tan importante es lo que se está protegiendo y que tan importante es lo que se está afectando, para así establecer cuando la afectación de un

principio puede ser “leve, moderada o grave” de tal manera que una vez que se establecen los valores de importancia y afectación se realiza una división, con una fórmula incluso matemática que aporta Robert Alexy para establecer qué derecho se debe proteger.

Diferencias entre reglas y principios.

La diferenciación entre normas o reglas de menor impacto y principios o derechos fundamentales, consiste en que los principios son parte fundamental del ordenamiento jurídico, son una herramienta de interpretación de las normas y también son fuente integradora del derecho, cuando se presentan vacíos o ausencias en las normas específicas, y por tanto se conciben los principios como disposiciones correctas y justas, lo que conlleva a que no requieran justificación adicional, en tanto que las reglas o normas si requieren de justificación ya sea para su promulgación como para su aplicación además de tener que ser coherentes en cuanto al contenido factico-normativo y encuadradas dentro de la legalidad.

Empero, los criterios jerárquico (ley superior deroga ley inferior) y cronológico (ley posterior deroga ley anterior) no tienen utilidad alguna cuando la colisión se advierte en normas que se extraen de un mismo documento legislativo, dado que aquellas detentan el mismo rango de jerarquía y el mismo tiempo de permanencia en el ordenamiento; ante esta circunstancia, es al criterio de especialidad (ley especial deroga ley general) al que debe acudir, siempre que de los presupuestos de hecho normativos se pueda inferir una relación de generalidad y excepcionalidad entre las disposiciones en choque. (Baquerizo, 2009, P 26).

Con ello se establece que el fin del Estado Social De Derecho propende por la protección de los derechos y también cabe mencionar que de las normas, ya que se estima que haya la mayor coherencia posible entre los diferentes conflictos que puedan generar ambigüedad en el sistema.

El principio de proporcionalidad en Colombia.

Anteriormente aspectos como la ponderación quedaba a la completa discrecionalidad del juez, ocasionando inseguridad jurídica en ciertos casos, sin embargo el método para resolver controversias jerárquicas pretende un sistema uniforme, imparcial y justo.

En su mayoría, los casos de tensión entre derechos son casos difíciles, cuya resolución supone una alta dosis de discreción judicial. No obstante, aunque la discreción suponga la ausencia de una respuesta jurídica unívoca para la resolución de un determinado supuesto, “la ponderación se sujeta a estándares de racionalidad y justicia a la luz de los cuales se aprecian y sopesan las consecuencias de la elección. La técnica ponderativa supone, pues, un loable esfuerzo de racionalización de las operaciones de interpretación constitucional, y ello con independencia de que pensemos que es capaz de conducir a la anhelada unidad de solución correcta o que, más escépticamente, consideremos que siempre queda algún hueco para el decisionismo y la discrecionalidad (Sanchis, 2003, P 56).

Es así como la Corte Constitucional, en las limitaciones que se ejerzan frente a los diferentes procedimientos del derecho, debe ser adecuado, para lograr el fin propuesto, con ello también deben tener la condición de ser necesarios y por ultimo ser proporcionales en estricto sensu:

En relación con el juicio de proporcionalidad que el juez constitucional debe adelantar sobre este tipo de disposiciones que introducen límites a los derechos fundamentales, la jurisprudencia ha definido que la verificación debe recaer no solo sobre el hecho de que la norma logre una finalidad legítima, sino que también debe establecerse si la limitación era necesaria y útil para alcanzar tal finalidad. Además, para que dicha restricción sea constitucional, se requiere que sea ponderada o proporcional en sentido estricto. ‘Este paso del juicio de proporcionalidad se endereza a evaluar si, desde una perspectiva constitucional, la restricción de los derechos afectados es equivalente a los beneficios que la disposición genera. Si el daño que se produce sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos es superior al beneficio constitucional que la norma está en capacidad de lograr, entonces es desproporcionada y, en consecuencia, debe ser declarada inconstitucional (Corte Constitucional, Sentencia C-448 de 1997, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, Corte Constitucional, Sentencia C-648 de 2001 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra)

Estos son los parámetros que establece la Corte, para enmarcar el debido procedimiento de la ponderación en nuestro ordenamiento.

Además de ello la Corte colige el principio de proporcionalidad según los artículos:

- Artículo 1: de la concepción de estado social de derecho y del principio de la dignidad humana.
- Artículo 2: principio de efectividad de los principios, derechos y deberes expuestos en la constitución.
- Artículo 5: del reconocimiento del carácter de inalienable de los derechos de la persona.

- Artículo 6: del establecimiento de la responsabilidad de las autoridades por extralimitación de las autoridades públicas.
- Artículo 214: expresa el requisito de proporcionalidad de las medidas adoptadas durante los estados de excepción. (Corte Constitucional, Sentencia C-226 de 2002)

Respecto de las características sobre el principio de proporcionalidad la Corte Constitucional, establece lo siguiente:

En la jurisprudencia constitucional el postulado de la proporcionalidad constituye una directiva no explícitamente positivizada en la Carta Política. Desde un punto de vista abstracto, la proporcionalidad es un concepto relacional cuya aplicación busca colocar dos magnitudes en relación de equilibrio. El concepto de la proporcionalidad remite a la relación de equilibrio entre distintos pares de conceptos, como supuesto de hecho y consecuencia jurídica, afectación y defensa, ataque y reacción. Históricamente la proporcionalidad se ha asociado a conceptos e imágenes como la balanza, la regla o el equilibrio. “En el derecho penal, la proporcionalidad regula las relaciones entre diversas instituciones, como entre la gravedad de la conducta punible y la sanción penal a imponer por su comisión, entre las causales de justificación y la posible eximente de punibilidad, entre las causales de agravación o atenuación y la graduación de la pena, o entre la magnitud del daño antijurídico causado y la sanción pecuniaria correspondiente a fijar por el juez, como se analiza en la presente providencia”. “(...) La proporcionalidad concebida como principio de interpretación constitucional puede adoptar la forma de dos mandatos: la prohibición de exceso y la prohibición de defecto. El primero tiene que ver principalmente con la limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales. El

segundo se aplica por lo general respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprometen la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. El método de aplicación del principio de proporcionalidad es la ponderación. Generalmente, el objeto de la ponderación son intereses enfrentados que han recibido alguna protección constitucional, la cual es mayor en el caso de intereses cobijados por derechos fundamentales. Los intereses ponderados también se concretan en medidas y fines estatales. Se pondera, por una parte, las medidas y los fines estatales y, por otra parte, la afectación de parámetros formales o materiales consagrados en la Constitución. Existe, por lo tanto, una clara relación conceptual entre la proporcionalidad y la ponderación. La primera es establecida mediante la segunda, puesto que siendo la primera un concepto relacional, los extremos de dicha relación han de ser comparados y sopesados, esto es, ponderados con el fin de establecer si ellos mantienen el equilibrio, el balance o la medida debida o, por el contrario, se desconocen las prohibiciones de exceso o defecto. (Corte Constitucional, 2005, sentencia C-822 y Corte Constitucional, 2002, sentencia C-916)

Lo anteriores aspectos son criterios importantes que permiten la delimitación o el complemento del ordenamiento jurídico, permitiendo que el mismo, no sufra variaciones abruptas o en desnivel, además de ello como aspecto relevante la Corte también enmarca la importancia de que este juicio se haga en virtud a la favorabilidad del ser humano y sus derechos, que este encaminada a al respeto de la dignidad humana y la protección, promoción y garantía de los derechos humanos y los derechos fundamentales contemplado en la constitución. De ahí que se evidencia especial relevancia entre este tema y el control de convencionalidad, pues el sistema

internacional comprende un conglomerado de derechos humanos, que armonizan y garantizan el fin del estado social de derecho y democrático de Colombia.

El Principio de Proporcionalidad como Herramienta Necesaria en la Delimitación de la Libertad de Expresión

El principio de proporcionalidad ha sido una herramienta transcendental para la aplicación de los derechos fundamentales, y ha cobrado notoria importancia en el Derecho Constitucional moderno, principalmente por la utilidad que expresa en los juicios de constitucionalidad de las leyes, sin embargo su uso no es reciente, ni exclusivo del derecho constitucional Montealegre (2008), en razón a que se le concibe como una técnica razonable y útil para la solución de conflictos de variada índole en las sociedades humanas, que aparece casi de forma simultánea con el conflicto, y que acude a condiciones de necesidad, razonabilidad y equidad.

El test de proporcionalidad se puede definir como un marco de argumentación, diseñado para tratar las tensiones entre derechos intra-constitucionales, y del cual se puede extraer una adecuación, o ponderación del conflicto de derechos o intereses Stone, Matthews (2013), si bien se fundamenta en el principio de proporcionalidad, la aplicación del test o control de proporcionalidad se edifica bajo la tríadica de una revisión del órgano que fiscaliza los medios y fines en perspectiva de su necesidad, adecuación y ponderación, de forma que por medio del test de proporcionalidad, se materializa el principio de proporcionalidad. Por otro lado, cabe anotar que en la doctrina y en la práctica judicial se presenta una clara confusión que decae en la polivalencia de la noción de “principio de proporcionalidad” y el “juicio de ponderación”, existiendo posiciones que exponen

que estas dos nociones son sinónimas, también que su coincidencia es parcial, y finalmente algunos que consideran que estas dos nociones se contraponen Bernal (2014).

EL doctor Carlos Bernal Pulido hace una fundamentación constitucional del principio de proporcionalidad bajo la normatividad de la Constitución Española, que bien, por influencia normativa, e ideológica de las Cartas Políticas podemos extrapolar a la Constitución Política de Colombia de 1991. En primer lugar encontramos que el principio de proporcionalidad encuentra un claro fundamento en el valor de la justicia, que tomado desde una perspectiva aristotélica reza que “lo excesivo es injusto por definición”, encontrando un claro referente en el artículo 2 de la Constitución Política de 1991 que impone la vigencia de un orden justo; en segundo lugar tomando en cuenta la cláusula del estado de derecho, inscrita en el artículo 1 de la constitución Política de 1991 podemos afirmar que el principio de proporcionalidad hace parte esencial de un estado de derecho al proscribir los excesos y justificar la premisa de la razonabilidad en las actuaciones del Estado; en tercer y último lugar el doctor Bernal Pulido hace referencia al principio de interdicción de la arbitrariedad inscrito en el artículo 9.3 de la Constitución Española, que nos informa que lo desproporcionado es arbitrario, este fundamento se puede encontrar en nuestro ordenamiento jurídico principalmente inserto en la jurisprudencia constitucional.

En la jurisprudencia constitucional se ha empleado el principio de proporcionalidad como una herramienta hermenéutica, y operativa para la aplicación de derechos fundamentales, al respecto ha precisado la Corte Constitucional en sentencia C-916 de 2002:

En la jurisprudencia constitucional el postulado de la proporcionalidad constituye una directiva no explícitamente positivizada en la Carta Política. Desde un punto de vista abstracto, la proporcionalidad es un concepto relacional cuya aplicación busca colocar dos magnitudes en relación de equilibrio. El concepto de la proporcionalidad remite a la

relación de equilibrio entre distintos pares de conceptos, como supuesto de hecho y consecuencia jurídica, afectación y defensa, ataque y reacción. Históricamente la proporcionalidad se ha asociado a conceptos e imágenes como la balanza, la regla o el equilibrio.

(...) En sentido Constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación Constitucional – unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución –, busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones. Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales de Estado de Derecho (artículo 1 CP.), fuerza normativa de la Constitución (artículo 4 CP.) y carácter inalienable de los derechos de la persona humana (artículo 5 CP.).

En lo concerniente al derecho de libertad de expresión, la aplicación del principio de proporcionalidad, es ostensiblemente necesaria, pues como se observó este derecho tiene múltiples facetas sujetas a protección, y se encuentra en estrecha relación con otros valores y principios constitucionales, y por ello puede llegar a colisionar con otros derechos fundamentales, valores o principios constitucionales, y dada la máxima de que no existen derechos absolutos, la libertad de expresión puede ser sujeta a restricciones en su aplicación, empero no ha su total decaimiento respecto a otro derecho; en el anterior sentido se tiene que las restricciones a la libertad de expresión deben superar el juicio de proporcionalidad.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que las restricciones a la libertad de expresión y difusión deben examinarse mediante un juicio especialmente exigente en atención, de una

parte, a las importantes razones que fundamentan la protección de dicha libertad y, de otra, a que mediante dicha libertad se concreta el ejercicio de derechos fundamentales.

Naturalmente algunos ámbitos en los que la libertad de expresión se proyecta pueden justificar la aplicación de escrutinios menos exigentes, tal y como ocurre, por ejemplo, en los eventos en que se trata de la regulación de la propaganda comercial. (Corte Constitucional SU-626 de 2015)

En este sentido la proporcionalidad de las limitaciones a la libertad de expresión no solo opera respecto a la colisión de otros derechos, la confrontación que suscite la revisión de alguna limitación a la libertad de expresión debe obedecer a criterios específicamente necesarios, es decir, que la restricción opera siempre, que con ella se obtenga un beneficio jurídico mayor, que el perjuicio de limitar el mentado derecho fundamental, este aspecto, ha sido respaldado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, bajo el entendido, de que la necesidad, como subprincipio de la proporcionalidad estricta, únicamente se satisface, cuando la limitación de la libertad de expresión persigue un valor constitucional, o convencionalmente importante.

La segunda condición constitucional que han de satisfacer las limitaciones de la libertad de expresión, es la de perseguir la materialización de ciertas finalidades constitucionales imperiosas, que se han enumerado en términos abstractos en los tratados aplicables -la protección de los derechos de los demás, la protección de la seguridad y el orden público, la protección de la salud pública y la protección de la moral pública- pero que deben ser concretadas y especificadas en una ley. (Corte Constitucional SU-626 de 2015)

Por último, sobra advertir, que el fin constitucional, o convencional que se persiga mediante la limitación no puede ostentar una importancia jurídica menor, es decir que en caso de limitaciones a la libertad de expresión, los límites se deben fundamentar en preservar valores o

derechos de igual envergadura jurídica, estando prohibido limitar este derecho, en razón a reconocer derechos de inferior jerarquía, esta situación, también se debe observar en la aplicación del principio de proporcionalidad.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que la libertad de expresión, por su trascendencia dentro del orden constitucional colombiano, sólo puede ser limitada para efectos de preservar derechos que tengan un rango comparable: en otras palabras, esta finalidad se refiere únicamente a derechos constitucionales fundamentales, como la intimidad, el buen nombre y la prohibición de la discriminación. La libertad de expresión no puede estar sujeta a limitaciones para efectos de preservar derechos de rango infraconstitucional que no gozan de un nivel de protección comparable en la Carta Política. (Corte Constitucional SU-626 de 2015).

En general la aplicación del principio de proporcionalidad es una tarea necesaria para la operatividad del derecho a libertad de expresión, en los Estados partes de la Convención Americana, y resulta lógico, y necesario que su aplicación se proyecte con el fin de que las limitaciones, que permiten constituciones, y la misma Convención, no lleguen a exabruptos y medidas radicales que vulneren el derecho de libertad de expresión.

Informes de la cidh sobre el derecho a la libertad de expresion en colombia desde el año 2010 hasta el año 2015

Según el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el año 2010 frente a la libertad de expresión encontró múltiples irregularidades, por parte del estado y como consecuencia de la violencia.

respecto del estado se demostró que el DAS realizaba actividades ilegales, puesto que interceptaban y espiaban a varios periodistas para obtener información, así mismo las consecuencias de la violencia demostraba varias denuncias por muerte a periodistas en función de su labor informativa, además de amenazas a varios periodistas y con ello la mayoría de casos en estado de impunidad por falta de eficacia en las investigaciones por parte del estado, con lo cual la Comisión recomienda Realizar investigaciones serias, imparciales y efectivas sobre los asesinatos, agresiones, amenazas y actos de intimidación cometidos contra periodistas y trabajadores de medios de comunicación social, que en el ejercicio de la actividad judicial se garanticen de mejor manera los juicios, la publicación de los mismos, para garantizar el respeto a la actividad periodística.

Para el año 2011 la Comisión documento avances importantes en la materia pues se firma la Ley 1426/2010 que amplía de 20 a 30 años el plazo de prescripción de los homicidios cometidos contra periodistas, defensores de Derechos Humanos o miembros de organizaciones sindicales, se anuncia el fortalecimiento del departamento para crímenes contra periodistas para agilizar las amenazas de las que son objeto los periodistas y se manifiestan ordenes de detención contra políticos que participaron en el asesinato de periodistas, además se mencionan amenazas y agresiones contra medios y periodistas, también se presentan situaciones de espionaje y hostigamientos por parte del DAS contra los mismos, se emiten acciones judiciales en Colombia que según la sentencia C-442 de 2011 expresa: “los jueces que conocen casos relativos a injurias y calumnias deberán realizar una interpretación restrictiva de estos tipos penales de forma que se favorezca “la vis expansiva de la libertad de expresión”, la cual goza de un carácter privilegiado en el ordenamiento jurídico colombiano” además de expresar que “sólo consagra como sancionable el comportamiento doloso”, es decir, que la imputación sea realizada con conocimiento y la intención de producir daño. Finalmente, reiteró la importancia de atender a los estándares interamericanos en materia de

libertad de expresión”. Al respecto de la regulación a la prensa en periodos electorales se enuncian las variaciones que tuvo el decreto 3569 cuando se está en periodo de votación y sobre el derecho de acceso a la información criticó duramente al INCODER por negarse a brindar información sobre los programas de tierras que solicitaban los habitantes, situación que conllevó a los estrados para su aclaración.

Colombia en materia de Libertad de Expresión en el año 2012 tuvo avances significativos según la Comisión pues hubo condenas ejemplares a culpables por el asesinato a periodistas, también se da la aprobación de la Ley Transparencia y Acceso a la Información Pública; como también se emite una sentencia la T-626 de 2012 en materia de libertad de expresión de los servidores públicos estableciendo los parámetros por la extralimitación de esta función ya que algunos funcionario de la procuraduría habrían dado información incorrecta que había emitido la Corte frente a la protección de los derechos sexuales y reproductivos y se llevaron a cabo reuniones con periodistas y policías para establecer una relación armónica y donde la policía no fuese arbitraria con los comunicadores cuando estuvieran desempeñando su labor. Frente a los asesinatos se reportaron varios casos, por lo cual la Comisión le recomienda la investigación, sanción y reparación a las víctimas de estos tratos como consta en el principio 9 de la Declaración sobre libertad de Expresión de la CIDH. En el caso de las amenazas y agresiones a periodistas se reportaron numerosos casos tanto de amenazas como agresiones de todo tipo violento, sin embargo, frente a esto el estado colombiano expreso haber creado la Unidad Nacional de Protección adscrita al ministerio del interior en la que se unifican los esquemas de protección a cargo del Estado, bajo responsabilidad de una sola institución. De esta forma, se integran en un solo programa los esquemas de protección de los jueces y fiscales, testigos, defensores de Derechos Humanos, población en situación de desplazamiento, periodistas, sindicalistas, además de otras poblaciones vulnerables. Y además

agrega que se tiene para los casos en mención la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía que corresponde a una subunidad para investigaciones en casos de periodistas y que dicha unidad implementó estrategias para la investigación de casos. Para el año 2012 también se dieron declaraciones estigmatizantes por parte del ex presidente Álvaro Uribe que mediante una red social acusa de cartel con el apellido de periodistas y un líder de oposición, con lo cual fue denunciado por injuria y calumnia. Frente a responsabilidades ulteriores se condenó a un periodista por el delito de injuria, toda vez que hizo una publicación en contra de una exgobernadora, que adujo que dicha publicación dañaba su buen nombre y honra, con lo cual el presidente Juan Manuel Santos dijo que no debería ser penalizada la crítica a funcionarios públicos, además de una denuncia a un reportero por hacer publicaciones de la situación financiera de pacific rubiales, quienes lo acusan de pánico financiero, al respecto la Comisión enmarca los arts. 10 y 11 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, en el primero se prohíbe inhibir o restringir la investigación y difusión de interés público mediante leyes que hablen de privacidad y la protección a la reputación debe ser garantizada solo con sanciones civiles y si el funcionario público es la persona ofendida se debe probar que la difusión donde se demuestre que tuvo la intención de infligir daño o pleno conocimiento de que estaba difundiendo noticias falsas y en el segundo caso establece que “los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como “leyes de desacato” atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información”. Y respecto de otras situaciones relevantes: una fiscal denuncia a las autoridades por filtrar información sumaria de un proceso a la prensa. También se conoce el caso de un concejal de Bogotá que acusa al canal capital de transmitir contenidos, vulgares, inmorales y pornográficos además de pedir la información de contratación de personas LGBTI; con lo cual la Comisión rechaza la actitud del concejal y felicita al canal por su programación.

Según el informe anual de la CIDH, sobre el informe de la relatoría especial para libertad de expresión del año 2013 en materia de avances “la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de Colombia dictó una medida de aseguramiento contra siete exfuncionarios del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)” por haber participado como coautores de tortura en el caso de la periodista Julieta duque. También se le informo a la Comisión que la Corte S. de J. absolvió a un periodista por el delito de injuria y calumnia, que le había acusado un ex gobernador quien considero que se afectaba su honra y buen nombre con una publicación realizada. De igual manera se hizo un acto simbólico que buscaba hacer un reconocimiento público a los periodistas que han sido víctimas del conflicto armado. Frente a los asesinatos se reportaron algunos casos, y para el año 1999 se crea una sub-unidad de investigación de asesinatos de periodistas, perteneciente a la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación encontrando la relatoría que dicha unidad carecía de fiscales específicamente asignados a la temática de libertad de expresión y expresó su preocupación por el alto número de casos aún pendientes relativos a asesinatos y agresiones en contra de periodistas en el país. También se implementaron estrategias para la investigación de casos de amenazas a periodistas; frente a amenazas y agresiones se registraron casos además se evidencian temas de agresiones a periodistas en manifestaciones, muchas veces reprimidos por la fuerza pública, dentro de los casos relevantes se enmarcan como a un diario le impidieron su circulación porque el gerente de la entidad de salud compro todos los periódicos para luego quemarlos porque se difundía la noticia de que las ambulancias estaban siendo usadas para carga de escombros. Adicionalmente reportan el robo de los equipos a un periodista y la Relatoría concluye con el art. 9 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la CIDH. La relatoría encuentra también que, frente a la reserva de fuentes de información, interceptaciones y espionaje, en la revista semana se encuentra un micrófono en las instalaciones que se escondía en un bombillo, además también se da la

renuncia de un director de un noticiero pues se descubre una grabación que le hicieron en un consejo de redacción de noticias, entre otros.

Para el 2014 la relatoría en materia de avances publica que el Presidente de la República sancionó la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional⁴⁴⁶. La ley establece los principios rectores de máxima publicidad y buena fe reconocidos en el sistema interamericano para garantizar el ejercicio pleno y efectivo de derecho de acceso a la información. Asimismo, la Ley establece que en la interpretación se deberá adoptar un criterio de razonabilidad y proporcionalidad, así como aplicar los siguientes principios: de transparencia; de facilitación; de no discriminación; de gratuidad; de celeridad; de eficacia; de la calidad de la información, y de la divulgación proactiva de la información, también se emitió un fallo por parte de la Corte donde protegía a un noticiero por una información que publicó acerca del ruido que había en la casa de una funcionaria pública y que los vecinos se quejaban. Además, se conoció que 2 funcionarios del DAS reconocieron el delito de tortura a una periodista; también se confirma la captura de un coronel implicado en el asesinato de Jaime Garzón entre otros. Frente a la libertad de expresión y el proceso de paz se firma un “Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”. el Gobierno de Colombia y las FARC-EP presentaron el segundo informe conjunto sobre los avances y acuerdos sobre el punto 2 de la Agenda. además se establece un nuevo sistema integral de seguridad para el ejercicio de la política que busca “proteger la vida de quienes ejercen la política y su no estigmatización por razón de sus ideas y actividades políticas”. El sistema “se concibe en un marco de garantías de los derechos y libertades y busca asegurar la promoción y protección de la persona, el respeto por la vida y la libertad de pensamiento y opinión, para así fortalecer y profundizar la democracia”. Como también se registran asesinatos, amenazas y agresiones a periodistas y algunos casos de responsabilidades ulteriores.

Tras el estudio y la documentación que se hace en el año 2015, a través de La Relatoría la cual se centra en desarrollar el tema de los asesinatos que se comenten a los periodistas mes a mes realmente la suma de cada uno de ellos es relevante, la CIDH valora positivamente las sentencias que condenaron a autores intelectuales de los actos, deja claro que los estados deberán reflejar claramente en sus sistemas jurídicos y sus prácticas que los delitos contra la libertad de expresión revisten especial gravedad puesto que representan un ataque directo contra todos los derechos fundamentales, así mismo la relatoría especial ha reiterado que los estados tienen la obligación de adoptar medidas para prevenir la violación contra periodistas trabajadores y trabajadoras de los medios de comunicación, es evidente que hay un riesgo real e inmediato los periodistas se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad así lo realza y lo deja ver la relatoría especial ,también recomienda a los funcionarios públicos que no vendan, que se abstengan de realizar declaraciones que exponen la vida de periodistas, hacen un llamado al estado para que conforme las normas de sistema interamericano proteja la vida de los profesionales que están ejerciendo su profesión y están llenando de información al país , enmarca que los estados deberán establecer programas de especial protección asegurando la libertad de expresión y los derechos de estas personas; así mismo la relatoría hace sus avances con el tema global de la libertad de expresión en las redes sociales en temas civiles políticos y en Cada uno de los puntos deja clara su posición ante el tema, su Asombro y su tarea A DESARROLLAR la cual debe el estado por medio de políticas públicas gestionar con más fuerza jurídica para que se condene se capture se obstaculice el paso a seguir incumpliendo la ley y pasar por encima de los derechos de las personas, la recomendación es trabajar la impunidad la cual constituye un obstáculo fundamental para la protección de la vida la integridad y el derecho a libre expresión , cumplir el principio 9 de la declaración de principios de la libertad de expresión de la CIDH aprobada en el año 2000.

Conclusiones

Las declaraciones universales de derechos, prepararon un terreno trasnacional, para una prolífera defensa jurisdiccional de los Derechos Humanos, y con el advenimiento de tribunales internacionales que protegen los Derechos Humanos, se fortaleció un sistema que converge con muchas de las manifestaciones antropocéntricas de las Constituciones modernas, llevando a un complemento jurisdiccional de los sistemas locales de protección de derechos, mediante la adopción, no solo de órganos comunes, sino de unos límites mínimos, fijos y regionales de no limitación o vulneración de derechos.

El derecho a la libertad de expresión, es un derecho paradigmático dentro del amplio catálogo de Derechos Humanos, y tiene una importancia jurídica relevante dentro del Sistema Interamericano, por cuanto es un derecho necesario para el funcionamiento de una sociedad democrática, y por ser un derecho que hace posible la realización de otros derechos, reconocidos en la Convención, por esto la Convención y la Corte Interamericana han establecido unos parámetros fijos de limitación, y que deben operar en la legislación de los Estados, incluyendo a Colombia. Dentro de estos se tienen, el respeto absoluto al principio de legalidad, la supremacía del derecho a la libertad de expresión, y que las excepciones esgrimidas para su limitación se fundamenten en las contempladas en la convención, y en su plano analítico, la aplicación estricta del principio de proporcionalidad.

La jurisprudencia constitucional, debe aplicar los parámetros esgrimidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por mandato expreso del Control de Convencionalidad que es exigible a todos los tribunales, incluyendo la Corte Constitucional en función de que estos criterios hermenéuticos hacen parte del bloque de constitucionalidad y por ello, los problemas

jurídicos que se susciten respecto a la libertad de expresión deben respetar las normas establecidas por la Corte interamericana.

No obstante, se puede apreciar que aun los altos tribunales constitucionales, como la corte Constitucional para el caso colombiano, han emitido varias disposiciones que si bien han protegido, maximizado, y consolidado el derecho fundamental a la libertad de expresión, ha adoptado como modelo de fallo las recomendaciones, y los pronunciamientos establecidos en el sistema interamericano, bajo la medida de la obligatoriedad de las disposiciones sobre DD.HH. que establece la Convención.

De igual forma se encuentran juicios de proporcionalidad que resultan absolutistas respecto a la protección de estos derechos, pues exceden los límites convencionalmente admisibles de limitación, y consagran excesos del ejercicio de la libre expresión conculcando con ello derechos fundamentales, bienes y valores supremos del Estado, el orden público, o la moral pública. En este sentido se encuentra una reflexión precisa respecto a los lineamientos convencionales sobre la materia, puesto que un exceso de protección respecto a la libertad de expresión supone una limitación a otras garantías constitucionales y convencionales, y de esa manera también se desconoce el precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es necesario precisar que la jurisprudencia constitucional, ha sido enfática en reconocer la importancia del derecho a la libertad de expresión dentro del Estado colombiano, y ha maximizado sus márgenes de protección, no solo mediante sentencias controles de constitucionalidad, sino además por medio de sentencias de revisión de acción de tutela, esta labor es sin duda importante para el desarrollo de muchas garantías fundamentales, y ha consolidado un precedente jurisprudencial importante a nivel regional. No obstante la divergencia con los parámetros convencionales. Permiten vislumbrar aspectos de colisión de posturas jurisprudenciales, que no

sobra recordar, desconoce la obligatoriedad de las normas que integran el bloque de constitucionalidad.

Bibliografía

- Barbosa, F. (2012). El margen nacional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión . Bogotá D.C. Ediciones Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, C. (2009). El Precedente en Colombia. En El Neoconstitucionalismo y la Normatividad del Derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, P. (2014). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Bogotá, Universidad Externado
- Cabrera García y Montiel Flores Vs Mexico. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de noviembre de 2006).
- Carbonell, M. (2003). Globalización y derechos humanos: siete tesis. En gobalizacion y derechos humanos.
- Correa, A. (2009). Teoría general del derecho . Medellín: Editorial biblioteca jurídica DIKE .
- Diaz, L. (2003). Globalización y derechos humanos. Universidad nacional autonoma de Mexico.
- Donelly, J. (1994). Derechos humanos universales en teoría y l apractica. Montevideo, Uruguay.
- Estarita, S. (El sistema interamericano de proteccion de derechos humanos). 2014. Bogota, Colombia.: Editorial Ibañez.

- Faundez H. (2004). El sistema interamericano de protección de los derechos humanos, aspectos institucionales y procesales. Instituto Interamericano de derechos humanos
- Ferreira A. (2011). Los derechos innominados en Colombia reflexiones sobre su origen.
- Hernández, D. (2014). Legitimidad democrática de la corte interamericana de derechos humanos en el control de convencionalidad. Bogotá, Colombia.: Universidad Externado de Colombia.
- Huertas, O. (2009). La libertad de expresion en el derecho internacional de los derechos humanos. Ibañez.
- Lopez. D. (2011). El Derecho de los Jueces, Bogotá. Legis.
- Medina, D. (2006). El derecho de los jueces. Bogotá D.C.: Legis.
- Montealegre, L. (2008). La ponderación en el derecho. Bogotá. Temis
- Muller, L. (2003). El orden del caos, en Globalizacion y derechos humanos.
- Nino, S. (1989) Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación, 2da. Edición ampliada, Buenos Aires, Astrea.
- Papacchini, Ángelo. (2003). Filosofía y derechos humanos, Cali: Universidad del Valle.
- Sorense M. (1973). Manual de derecho internacional público. México: Fondo de cultura económica.
- Sweet S. (2013). Proporcionalidad y constitucionalismo: un enfoque comparativo global. Bogotá. Externado

Jurisprudencia consultada

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (13 de noviembre de 1985). Opinión consultiva 5/85 .
- Olmedo Bustos y otros Vs Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos 5 de febrero de 2001).
- Palamara Iribarne Vs. Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos 22 de noviembre de 2005).
- Sentencia C-010 (Corte constitucional de Colombia M.P. Alejandro Martínez Caballero 2000)
- Sentencia C-010 (Corte Constitucional de Colombia. M.P. Alejandro Martínez Caballero 2000).
- Sentencia C-073 (Corte constitucional de Colombia M.P. José Hernández Galindo 1996)
- Sentencia C-226 (Corte Constitucional de Colombia. M.P. Álvaro Tafur Galvis 2002)
- Sentencia C-417 ((Corte Constitucional de Colombia. M.P. Juan Carlos Henao de 2009)
- Sentencia C-442 (Corte Constitucional de Colombia. M.P. Humberto Sierra Porto 2011).
- Sentencia C-448 (Corte Constitucional de Colombia M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz 1997),

- Sentencia C-500 (Corte Constitucional de Colombia. M.P. Mauricio Gonzales Cuervo 2014).
- sentencia C-574 (Corte Constitucional de Colombia M.P. Juan Carlos Henao Pérez, 2011)
- Sentencia C-648 (Corte Constitucional de Colombia, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra 2001)
- sentencia C-822 (Corte Constitucional de Colombia M.P. Manuel José Cepeda Espinoza 2005)
- sentencia C-916 (Corte Constitucional de Colombia M.P. Manuel José Cepeda Espinoza 2002)
- Sentencia su-111 (Corte Contitucional de Colombia M.P. Jorge Arango mejía, Eduardo Cifuentes muñoz 2009)
- Sentencia SU-626 (Corte Constitucional de Colombia M.P. Mauricio González Cuervo 2015)
- sentencia T-012 (Corte Contitucional de Colombia M.P. Rodrigo escobar, gilMauricio González cuervo2009).
- Sentencia T-391 (Corte Constitucional de Colombia. M.P. Manuel Jose Cepeda Espinosa de 2007)
- sentencia T-713 (Corte Contitucional de Colombia M.P. Jaime Araujo Rentería, Jaime Araujo Rentería 2003)