

**VOTO CONCURRENTENTE DEL JUEZ RODRIGO MUDROVITSCH  
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

**CASO VITERI UNGARETTI Y OTROS VS. ECUADOR**

**SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2023**

**(Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)**

**I. Introducción**

1. El caso en discusión versa sobre la responsabilidad internacional del Estado de Ecuador por las violaciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Convención") cometidas contra el señor Julio Rogelio Viteri Ungaretti, entonces Capitán de Navío y Agregado de la Embajada del país en el Reino Unido. El Sr. Viteri Ungaretti fue víctima de cuatro sanciones disciplinarias, incluido su arresto, como consecuencia de las denuncias de interés público que formuló sobre irregularidades en la renovación de contratos de leasing y seguros de aeronaves por parte de las Fuerzas Armadas ecuatorianas.

2. La sentencia, con la que concurro plenamente por las razones que expondré enseguida, resuelve el caso sobre la base de nuevos e importantes contornos del derecho a la libertad de expresión, que consolidan y refuerzan los estándares contenidos en las más recientes sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ("Corte IDH") sobre los límites del derecho sancionatorio en asuntos de interés público.

3. Como ha establecido anteriormente la Corte IDH, y se repite en la sentencia del presente caso, son de **interés público** las opiniones o informaciones que versen sobre asuntos en los que la sociedad tenga un interés legítimo en estar informada. En términos generales, este interés surge cuando están en juego asuntos que atañen al funcionamiento del Estado o a los derechos o intereses de la sociedad.

4. Es evidente que la definición de lo que se entiende por asunto de interés público tiene una influencia decisiva y directa a la hora de analizar la convencionalidad de cualquier restricción al derecho a la libertad de expresión que se esté examinando, ya que las manifestaciones sobre temas pertenecientes a la esfera pública gozan de un mayor nivel de protección. Esta protección reforzada de la libertad de expresión, que la Corte IDH ha subrayado en diversas ocasiones, debe permitir y estimular el debate público en las sociedades democráticas, en las que los temas de interés común pueden discutirse abiertamente, sin restricciones previas ni un alto riesgo de indistinta responsabilidad ulterior.

5. La razón convencional última de que esa protección reforzada es una condición para el pleno ejercicio de la libertad de expresión debe profundizarse y clarificarse gradualmente, también en vista de la función normativa de orientación que tiene encomendada la Corte IDH. El reto será siempre definir con precisión el concepto jurídico de interés público.

6. Es importante señalar desde el principio que la sentencia en este caso, en su párrafo 89, estableció que los actos de corrupción son una cuestión de interés público y, por lo tanto, que la denuncia de actos de corrupción constituye un discurso especialmente protegido en virtud del artículo 13 de la Convención. Si el caso se refiere a actos de corrupción, malversación de recursos públicos, fraude o incluso conductas cometidas por funcionarios en el ejercicio de sus funciones, la caracterización como asuntos de interés público será inequívoca y no merecerá reparos. Por supuesto, puede haber zonas grises que merezcan atención en el futuro. Por lo tanto, es imperativo que me adentre en lo que la Corte IDH ya ha decidido a este respecto, con el fin de aclarar los puntos que han sido

objeto de contribuciones recientes, como los casos Moya Chacón Vs. Costa Rica, Baraona Bray Vs. Chile, así como del presente caso en la citada evolución jurisprudencial.

7. Así, comenzaré retomando el camino trazado por la Corte IDH, que restringió gradual y progresivamente el acceso al derecho sancionatorio (penal) como medio de protección del honor hasta llegar a la prohibición de su uso cuando se está ante manifestaciones sobre cuestiones de interés público - opción que, en mi opinión, fue la correcta y que debe ser reafirmada y profundizada. Posteriormente, abordaré una segunda contribución del voto, materializada en el reconocimiento de la violación del art. 2 de la Convención en relación con las normas que regían los canales de denuncia de irregularidades en las Fuerzas Armadas y la consecuente medida de no repetición concedida por la Corte IDH.

## **II. Evolución y *ratio* de la jurisprudencia interamericana en materia de libertad de expresión**

8. Antes de examinar la evolución de la jurisprudencia sobre esta cuestión, conviene remitirse siempre a la disposición normativa pertinente al asunto tratado en el presente voto. En este sentido, me gustaría señalar, sólo para puntualizar el razonamiento que seguiré, que debido a que el derecho a la libertad de expresión no es absoluto, el artículo 13.2 de la Convención prevé la posibilidad de establecer responsabilidades ulteriores en caso de ejercicio abusivo de este derecho.

9. En este voto, me interesa inicialmente arrojar luz sobre la evolución de la posibilidad de utilizar el derecho a sancionar en el contexto de la tensión entre la protección de los derechos de la personalidad (por ejemplo, el honor) y la libertad de expresión. Este enfoque se justifica en la medida en que la privación de libertad es la intervención estatal más grave en la esfera de libertad de un ciudadano y, por tanto, la más necesitada de legitimación<sup>1</sup>.

10. En primer lugar, trataré de describir brevemente la evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH en el ámbito marcado por la colisión entre el ejercicio de la libertad de expresión en el ámbito público y la protección penal de los derechos de la personalidad, especialmente del honor. Posteriormente, me esforzaré en explicar la *ratio* de esta evolución jurisprudencial, antes de entrar en las peculiaridades del caso analizado -que versa sobre la figura del *whistleblower*, que tanto interés ha suscitado en el debate global -, las cuales ofrecen oportunidad para profundizar la mencionada convicción última de la Corte IDH, en el sentido de la protección reforzada de la libertad de expresión cuando se trata de un asunto de interés público.

### **II. 1. La evolución de la jurisprudencia**

11. Como señalamos en el voto concurrente en el caso Baraona Bray Vs. Chile (2023), la trayectoria jurisprudencial de la Corte IDH demuestra su preocupación por encontrar una solución convencionalmente adecuada a las inevitables tensiones que surgen de la interacción entre el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y el derecho penal como mecanismo para la protección del honor<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Sobre la singularidad de la sanción penal, cf. GRECO, Luís. Zur Singularität der Strafe – Versuch einer Standortbestimmung, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 135, 2023, p. 378-432; HUSAK, Douglas. The Criminal Law as Last Resort, *Oxford Journals of Legal Studies*, vol. 24, n.2., 2004, p. 207: "The criminal law is different and must be evaluated by a higher standard of justification because it burdens interests not implicated when other modes of social control are employed".

<sup>2</sup> Corte IDH. Caso Baraona Bray Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2022. Serie C No. 481. Voto concurrente de los Jueces Ricardo C. Pérez Manrique, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Rodrigo Mudrovitsch, párr. 27.

12. Esta preocupación significa también reconocer la dificultad de armonizar estos temas y buscar soluciones en el marco de la Convención, a la luz del principio *pro homine*, que contribuyan a incrementar la protección de los derechos humanos en el continente americano. En este camino, es natural que los avances sean a veces graduales, pero siempre guiados por la misma dirección. Por ello, a continuación, repasaré brevemente el contexto histórico de la aproximación de la Corte IDH a la previsión y aplicación de medidas de naturaleza penal como instrumentos para restringir el derecho a la libertad de expresión<sup>3</sup>, para luego detallar los desarrollos recientes de esta trayectoria que resultan relevantes para el caso en cuestión.

13. En su Opinión Consultiva n° 05 (1985), la Corte IDH tuvo la primera oportunidad de explayarse sobre el contenido del derecho a la libertad de expresión previsto en el artículo 13 de la Convención y, entre sus consideraciones primordiales, expresó su providencial preocupación por la posibilidad de que responsabilizar a los individuos -incluso en el ámbito penal- por la difusión de informaciones e ideas fuera incompatible con la Convención<sup>4</sup>. Como ya dije en una ocasión anterior, "aunque de forma embrionaria, el dictamen consultivo constituyó un paso importante para establecer algunas de las primeras advertencias al uso expansivo del derecho penal en el ámbito de la comunicación pública"<sup>5</sup>.

14. La cuestión de los límites de la protección del honor en relación con el derecho a la libertad de expresión se planteó más concretamente en el caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica* (2004). En este caso, se pidió a la Corte IDH que examinara la convencionalidad de la sanción penal impuesta a un periodista que había reproducido información relacionada con supuestos actos ilícitos atribuidos a un agente diplomático<sup>6</sup>. El caso representó una importante oportunidad para que la Corte IDH profundizara en el concepto de interés público como parámetro en la evaluación de sanciones contra periodistas y otras personas que actúan en el ejercicio de su libertad de expresión<sup>7</sup>.

15. En *Ricardo Canese Vs. Paraguay* (2004), los contornos del debate sobre la movilización del aparato de justicia penal para responsabilizar a los individuos por ejercer su libertad de expresión se han vuelto aún más expresivos. En el contexto de la condena penal de un candidato presidencial por declaraciones realizadas sobre otro candidato durante el proceso electoral, la Corte IDH afirmó categóricamente que "el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita"<sup>8</sup>. Además de consolidar parámetros para limitar el poder represivo del Estado, la Corte IDH ha identificado que el mero sometimiento de una persona a un proceso penal - y no sólo su eventual condena - puede tener el efecto indirecto de restringir la libertad de expresión y enfriar el sano ambiente de debate sobre los temas de interés público<sup>9</sup>.

---

<sup>3</sup> Tuve la oportunidad de pormenorizar esta evolución en la Corte IDH. Caso Moya Chacón y otro Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de mayo de 2022. Serie C No. 451. Voto concurrente del Juez Rodrigo Mudrovitsch, párrs. 8-43.

<sup>4</sup> Corte IDH. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.

<sup>5</sup> Corte IDH. Caso Moya Chacón y otro Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de mayo de 2022. Serie C No. 451. Voto concurrente del Juez Rodrigo Mudrovitsch, párr. 9.

<sup>6</sup> Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107. Ver también Corte IDH. Caso Moya Chacón y otro Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de mayo de 2022. Serie C No. 451. Voto concurrente del Juez Rodrigo Mudrovitsch, párr. 11.

<sup>7</sup> Corte IDH. Caso Moya Chacón y otro Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de mayo de 2022. Serie C No. 451. Voto concurrente del Juez Rodrigo Mudrovitsch, párr. 12.

<sup>8</sup> Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 104.

<sup>9</sup> Corte IDH. Caso Moya Chacón y otro Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de mayo de 2022. Serie C No. 451. Voto concurrente del Juez Rodrigo Mudrovitsch, párr. 14. Ver también Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de

16. Este entendimiento es esencial en la trayectoria jurisprudencial de la Corte IDH a partir de ese momento, como se observa, por ejemplo, en el caso *Kimel Vs. Argentina* (2008). En ese caso, la Corte IDH afirmó que la posibilidad de que existan delitos contra el honor debe analizarse "con especial cautela" y ponderando aspectos que ponen de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar las medidas penales de forma realmente excepcional<sup>10</sup>. Aunque la Corte IDH aún no tenía normas claras sobre la tipificación de delitos contra el honor, exigió, en el contexto de las reparaciones, que el Estado adecuara su legislación penal, específicamente los tipos de "calumnia" e "injuria", culminando en reformas al Código Penal del país "para evitar la criminalización de las expresiones y opiniones sobre asuntos de interés público, para eliminar la pena de privación de libertad por calumnias, entre otras medidas a favor del derecho a la libertad de expresión"<sup>11</sup>.

17. Fue a la luz de este acervo jurisprudencial que se solicitó a la Corte IDH que resolviera el caso *Álvarez Ramos Vs. Venezuela* (2019), que versó sobre un proceso penal que culminó con la condena de la víctima por el delito de difamación agravada por un artículo que hacía referencia a supuestas irregularidades en la actuación de un ex diputado y presidente de la Asamblea Nacional de Venezuela<sup>12</sup>. Es precisamente esta evolución de la jurisprudencia, que se ha producido en los cinco años transcurridos entre aquel paradigma y el presente caso, la que debe arrojar luz sobre las consideraciones que pretendo hacer con más detalle en este voto. En aquella ocasión, la Corte IDH dividió sus consideraciones sobre la responsabilidad penal del Sr. Ramos en dos partes: en la primera, analizó si sus declaraciones constituían un interés público; en la segunda, examinó la convencionalidad de su posterior responsabilidad penal<sup>13</sup>.

18. En cuanto al análisis de la existencia de un interés público en la declaración, criterio decisivo para valorar la protección a la que debe someterse el ejercicio de la libertad de expresión, la Corte IDH ha establecido, en síntesis, tres criterios básicos: "(i) el criterio subjetivo, es decir, si la persona cuyo honor fue supuestamente violado era una funcionaria pública, (ii) el funcional, es decir, la implicación de la persona en los hechos denunciados se ha producido debido a la función pública que ejerce y, por último, (iii) el material, es decir, el objeto de las declaraciones realizadas tiene relevancia pública"<sup>14</sup>. Es

---

agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 107. El entendimiento fue posteriormente reiterado, *inter alia*, en Corte IDH. Caso *Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 85 e Corte IDH. Caso *Uzcátegui y otros Vs. Venezuela*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 249, párr. 189.

<sup>10</sup> Corte IDH. Caso *Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 78. Entendimiento reiterado, *inter alia*, en Corte IDH. Caso *Mémoli Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265, párr. 139.

<sup>11</sup> Corte IDH. Caso *Moya Chacón y otro Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de mayo de 2022. Serie C No. 451. Voto concurrente del Juez Rodrigo Mudrovitsch, párr. 16. En la oportunidad, destaca que el hecho fue reconocido por la Corte en sede de supervisión de cumplimiento de la sentencia en la Corte IDH. Caso *Mémoli Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265, párr. 126. Ver también Corte IDH. Caso *Fontevicchia y D'Amico Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 55.

<sup>12</sup> Corte IDH. Caso *Álvarez Ramos Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2019. Serie C No. 380, párrs. 36-37.

<sup>13</sup> Corte IDH. Caso *Moya Chacón y otro Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de mayo de 2022. Serie C No. 451. Voto concurrente del Juez Rodrigo Mudrovitsch, párr. 19; Corte IDH. Caso *Baraona Bray Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2022. Serie C No. 481. Voto concurrente de los Jueces Ricardo C. Pérez Manrique, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Rodrigo Mudrovitsch, párr. 28.

<sup>14</sup> Corte IDH. Caso *Baraona Bray Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2022. Serie C No. 481. Voto concurrente de los Jueces Ricardo C. Pérez Manrique, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Rodrigo Mudrovitsch, párr. 28; citando Corte IDH. Caso *Baraona Bray Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2022. Serie C No. 481, párr. 128. Continúa el voto, en su parágrafo 29: "El criterio subjetivo es más sencillo de aplicar y permite una identificación inmediata, dejando poco margen a la discrecionalidad a la hora de definir si un determinado individuo era o no funcionario público en el momento de los hechos. El criterio funcional, en cambio,

evidente la importancia de este precedente para el caso que motiva la Sentencia a la que adjunto este voto, en el que la Corte IDH ha analizado con rigor el impacto de la corrupción en las sociedades democráticas y también en la protección efectiva de los derechos humanos, para valorar la convencionalidad de imponer sanciones ulteriores por la denuncia de presuntas irregularidades en la administración pública<sup>15</sup>.

19. Al referirse específicamente a la responsabilidad penal del Sr. Álvarez Ramos, la Corte IDH consolidó un entendimiento que condensa décadas de evolución de su interpretación pro homine de la vigencia del derecho a la libertad de expresión en los procesos de responsabilización ulterior. La Corte IDH, reafirmando la convicción última que ilumina su jurisprudencia, resolvió que la respuesta penal punitiva no era un medio convencionalmente válido para proteger el honor del funcionario público objeto de la publicación, y que aquí prevalecía el ejercicio de la libertad de expresión (o de información)<sup>16</sup>. Continuó el Tribunal:

En efecto, el uso de la ley penal por difundir noticias de esta naturaleza, produciría directa o indirectamente, un amedrentamiento que, en definitiva, limitaría la libertad de expresión e impediría someter al escrutinio público conductas que infrinjan el ordenamiento jurídico, como, por ejemplo, hechos de corrupción, abusos de autoridad, etc. En definitiva, lo anterior debilitaría el control público sobre los poderes del Estado, con notorios perjuicios al pluralismo democrático. En otros términos, la protección de la honra por medio de la ley penal que puede resultar legítima en otros casos, no resulta conforme a la Convención en la hipótesis previamente descrita<sup>17</sup>.

20. Además de ser la *ultima ratio* en la protección del honor individual, el recurso al derecho penal como instrumento de protección jurídica del honor en los casos en que la información o la opinión versen sobre cuestiones de interés público sencillamente es incompatible con la Convención. En palabras precisas de la Corte IDH, que no deben olvidarse, “[s]e entiende que, en el caso de un discurso protegido por su interés público, como son los referidos a conductas de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, la respuesta punitiva del Estado mediante el derecho penal no es convencionalmente procedente para proteger el honor del funcionario”<sup>18</sup>. La Corte IDH no dejó cualquier duda al respecto de “la importancia de preservar el debate abierto sobre asuntos de interés público puede, en ciertas circunstancias, hacer que estas sanciones sean incompatibles con el ambiente propicio para el debate plural que debe cultivarse en las sociedades democráticas”<sup>19</sup>. Si se trata de un asunto de interés público, tal como lo define la Corte IDH, la responsabilidad penal indiscriminada no se ajusta a la Convención. La protección del honor individual debe ceder en favor del amplio ejercicio de la libertad de expresión. El hecho de que el asunto y las personas implicadas estén sometidos a una

---

*deja cierto margen de discrecionalidad<sup>19</sup>, ya que exige un análisis más profundo de los hechos para determinar si la conducta en cuestión está relacionada con las funciones de un cargo concreto o si se produjo en la vida privada del funcionario público. Por último, el criterio material presupone un mayor margen de interpretación, ya que no existen parámetros objetivos para definir si un determinado asunto es o no de relevancia pública; es decir, la identificación de lo que sería públicamente relevante varía no sólo de una persona a otra, sino también en función de las circunstancias temporales, sociales y geopolíticas en las que se inserte el caso”.*

<sup>15</sup> Sentencia, párr. 78.

<sup>16</sup> Corte IDH. Caso Álvarez Ramos Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2019. Serie C No. 380, párr. 124. Comentado con mayor detallamiento en la Corte IDH. Caso Moya Chacón y otro Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de mayo de 2022. Serie C No. 451. Voto concurrente del Juez Rodrigo Mudrovitsch, párrs. 19-20.

<sup>17</sup> Corte IDH. Caso Álvarez Ramos Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2019. Serie C No. 380, párr. 124.

<sup>18</sup> Corte IDH. Caso Álvarez Ramos Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2019. Serie C No. 380, párr. 121: “Se entiende que, en el caso de un discurso protegido por su interés público, como son los referidos a conductas de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, la respuesta punitiva del Estado mediante el derecho penal no es convencionalmente procedente para proteger el honor del funcionario.”

<sup>19</sup> Corte IDH. Caso Moya Chacón y otro Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de mayo de 2022. Serie C No. 451. Voto concurrente del Juez Rodrigo Mudrovitsch, párr. 20.

especie de zona de iluminación pública, así como la necesidad de la amplia oxigenación que el ejercicio de la libertad de expresión inyecta en las sociedades democráticas, explican que, en este enfrentamiento, prevalezca desde el principio la libertad de expresión por sobre el honor individual.

21. En consecuencia, se ha establecido la posición según la cual, en estos casos, la determinación de los límites de la libertad de expresión en supuestos concretos no se realiza mediante un análisis casuístico de la proporcionalidad por parte del juez, sino mediante el reconocimiento abstracto o *a priori* de la atipicidad -y, por tanto, de la licitud- de la conducta en cuestión. De este modo, cuando el sustrato fáctico-probatorio indica que se trata de manifestaciones en el contexto de un debate sobre asuntos de interés público, no existe una ponderación -a realizar por el magistrado en el caso concreto- entre libertad de expresión y honor individual; prevalece de antemano la primera, cerrando la puerta a la reprimenda penal. Desde una perspectiva práctica, es este carácter rígido de la presunción de prevalencia de la libertad de expresión en los casos de interés público el que garantiza, por ejemplo, que ni siquiera pueda iniciarse un proceso criminal.

22. Al hacerlo, sin embargo, la Corte IDH no ha dejado de reconocer la importancia de proteger los derechos de la personalidad - en este contexto, el derecho al honor en particular - y de actuar para protegerlos. Este reconocimiento se demuestra en el énfasis que pone el Tribunal en la importancia de medidas alternativas: "[e]sto no significa que eventualmente la conducta periodística no pueda generar responsabilidad en otro ámbito jurídico, como el civil, o la rectificación o disculpas públicas, por ejemplo, en casos de eventuales abusos o excesos de mala fe"<sup>20</sup>. Tal y cual lo señalé en mi voto en el caso *Moya Chacón Vs. Costa Rica (2022)*, "[l]a consideración de estas medidas alternativas es especialmente valiosa si tenemos en cuenta que la propia Convención contempla el derecho de réplica en su artículo 14"<sup>21</sup>. Los funcionarios públicos, por poner un ejemplo, no ven decaer su derecho al honor por el mero hecho de estar investidos de funciones públicas. Lo que se descarta en este caso es la posibilidad de una reacción de naturaleza penal.

23. Se inicia así, a mi juicio, una nueva etapa en la evolución jurisprudencial de la Corte IDH, en la que cristaliza y se profundiza cada vez más la expansión del mandato protector de la Convención sobre la libre expresión de la palabra y la opinión que involucran temas de interés para la comunidad. En 2021, la sentencia en el caso *Palacio Urrutia y otros Vs. Ecuador (2021)*<sup>22</sup> consolidó esta evolución jurisprudencial descrita anteriormente. El caso también proporcionó una oportunidad para la evolución de las normas interamericanas sobre el efecto amedrentador ("*chilling effect*") de las sanciones penales - ahora a la luz del reconocimiento de que las sanciones penales no son aplicables en absoluto a ciertas modalidades de discurso. La Corte IDH también puso gran énfasis en el hecho de que el efecto amedrentador en el caso iba más allá del Sr. Urrutia y se extendía a todos los periodistas y empleados del periódico *El Universo*<sup>23</sup>. Así, tras analizar

---

<sup>20</sup> Corte IDH. Caso *Álvarez Ramos Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2019. Serie C No. 380, párr. 124.

<sup>21</sup> Corte IDH. Caso *Moya Chacón y otro Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de mayo de 2022. Serie C No. 451. Voto concurrente del Juez Rodrigo Mudrovitsch, párr. 21.

<sup>22</sup> Corte IDH. Caso *Palacio Urrutia y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2021. Serie C No. 446, párrs. 118-119.

<sup>23</sup> Corte IDH. Caso *Palacio Urrutia y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2021. Serie C No. 446, párrs. 123-124.

rigurosamente los estándares interamericanos e internacionales, la Corte IDH “[a]demás de adoptar los criterios (...) para identificar los discursos circunscritos en el debate público, también afirmó que el uso de leyes penales para sancionar la difusión de expresiones de esta naturaleza no es compatible con la Convención y destacó la existencia de alternativas menos graves y, por lo tanto, de uso preferente”<sup>24</sup>.

24. Después de considerar en detalle la evolución jurisprudencial cohesiva y lineal descrita anteriormente, pude constatar en mi voto en el caso *Moya Chacón Vs. Costa Rica* (2022), que existe “una clara tendencia a restringir cada vez más el uso de soluciones penales para proteger conductas relacionadas con el ejercicio de la libertad de expresión, que ya se ha consolidado en *Álvarez Ramos y Palacio Urrutia* en relación con asuntos de interés público”<sup>25</sup>. Esta tendencia, además, trasciende los límites jurisdiccionales de la Corte IDH, conformando un mosaico de parámetros consolidados en tratados, jurisprudencia, dictámenes de órganos casi judiciales, las más diversas modalidades de *soft law* y derecho consuetudinario -siempre basado en los principios del Derecho Internacional Público- sobre la improcedencia de movilizar el aparato represivo para coartar la libertad de expresión de los ciudadanos cuando participan en el debate público de ideas<sup>26</sup>.

25. En este orden de ideas, marcado por el desarrollo firme y evolutivo de la prevalencia de la libertad de expresión, merece la pena detenerse en los dos paradigmas más recientes en los que la Corte IDH ha tematizado las tensiones entre el Derecho Penal y el derecho a la libertad de expresión a la hora de analizar medidas encaminadas a establecer responsabilidades ulteriores por supuestos abusos en el ejercicio de esta libertad, ya plenamente guiada por la evolución jurisprudencial antes descrita. Estos dos paradigmas, al densificar las convicciones de la Corte, acaban condensando los puntos fundamentales que deben guiar el análisis de los casos que nos ocupan.

26. En el ya mencionado caso *Moya Chacón*, la Corte IDH analizó si las responsabilidades ulteriores previstas en el ordenamiento jurídico examinado (i) estaban previamente establecidas por ley, en sentido formal y material; (ii) respondían a un objetivo permitido por la Convención; y, (iii) eran indispensables en una sociedad democrática, es decir, si cumplían los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Se trata de un análisis de proporcionalidad bien establecido. La evolución jurisprudencial que culminó en los preceptos antes analizados en el caso *Álvarez Ramos Vs. Venezuela* (2019) no cambió esa consolidada estructura de análisis para la intervención en derechos fundamentales. Más aún, se ha producido una saludable adaptación de este reconocido método de análisis -el test de proporcionalidad- al contexto específico del Derecho Penal como instrumento limitador.

27. Además, se ha producido un desplazamiento del eje de análisis de la aplicación de la pena al momento anterior, relativo a la tipificación muy abstracta de los delitos que

---

<sup>24</sup> Corte IDH. Caso Baraona Bray Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2022. Serie C No. 481. Voto concurrente de los Jueces Ricardo C. Pérez Manrique, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Rodrigo Mudrovitsch, párr. 30; citando Corte IDH. Caso Palacio Urrutia y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2021. Serie C No. 446, párrs. 118-119.

<sup>25</sup> Corte IDH. Caso Moya Chacón y otro Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de mayo de 2022. Serie C No. 451. Voto concurrente del Juez Rodrigo Mudrovitsch, párr. 25.

<sup>26</sup> Mayores detalles en Corte IDH. Caso Moya Chacón y otro Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de mayo de 2022. Serie C No. 451. Voto concurrente del Juez Rodrigo Mudrovitsch, párr. 26.

pueden entrar en conflicto con el ejercicio legítimo de la libertad de expresión. Existiría una presunción de preferencia por la libertad de expresión si hubiera un interés público en juego y si la responsabilidad ulterior fuera de naturaleza penal. El hecho de que este análisis haya desembocado progresivamente en un escenario en el que la tipificación de estos actos se valora uniformemente y *ex ante* como desproporcionada, hasta el punto de generar una presunción de prevalencia de la libertad de expresión, no resta fuerza a los criterios subyacentes.

28. La evolución de la jurisprudencia ha llevado a la conclusión de que la protección efectiva frente a la persecución penal no debe estar sujeta a las circunstancias del caso concreto -en cuyo caso ya se habría iniciado un proceso criminal-, sino que debe anticiparse y afirmarse: si se trata de un asunto de interés público, y no incidir excepción, hay prevalencia de salida a la libertad de expresión, que impide iniciar cualquier proceso de naturaleza penal.

29. Comprender los contornos particulares del test de proporcionalidad en su aplicación a contextos que implican la persecución criminal de los llamados delitos de expresión es esencial para situar el caso *Moya Chacón Vs. Costa Rica* (2022) en el camino aquí esbozado. Recurrir al examen de la proporcionalidad en el caso concreto para valorar la convencionalidad de imponer responsabilidades ulteriores no puede leerse como una suerte de desviación de los parámetros fijados en *Álvarez Ramos Vs. Venezuela* (2019), porque el objeto principal del análisis de convencionalidad y proporcionalidad era la **responsabilidad civil, -y no penal-**, de los periodistas. Véase:

81. La Corte procederá a aplicar los estándares mencionados supra, en aras de comprobar si la responsabilidad ulterior a la que fueron sometidos los periodistas (esto es, la condena civil al pago solidario de cinco millones de colones por concepto de daño moral y de un millón de colones por concepto de costas) fue convencional<sup>27</sup>.

30. Es evidente que el precedente no puede implicar que la clave para analizar la convencionalidad de la imposición de responsabilidades jurídicas ulteriores en casos de manifestaciones deshonrosas en asuntos de interés público consista siempre en una ponderación caso por caso entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad, ya se trate de responsabilidad civil o penal. Tampoco se ha borrado la distinción entre consecuencias civiles y penales a efectos de analizar la convencionalidad de las respuestas estatales ante posibles abusos de la libertad de expresión.

31. Una lectura contextualizada de la aplicación de la prueba de proporcionalidad al caso, a la luz de la comprensión del carácter civil de la medida impuesta a los periodistas en *Moya Chacón*, no deja lugar a dudas sobre su coherencia con el distanciamiento del estándar vigente antes del precedente inaugurado en *Álvarez Ramos* en 2019. Al fin y al cabo, entre otras cosas, es la gravedad de la persecución penal y todo lo que implica para la esfera individual de los afectados, pero también para la esfera colectiva -ya que potencia el efecto amedrentador de la libertad de expresión en mucha mayor medida que otras formas de responsabilización- lo que justifica la constatación de que existe una prevalencia de salida a la libertad de expresión, que nunca significará inmunidad total frente a toda y cualquier responsabilización.

---

<sup>27</sup> Corte IDH. Caso Moya Chacón y otro Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de mayo de 2022. Serie C No. 451, párr. 81.

32. La importancia de esta relevante distinción, que deriva del carácter singular de la pena como reacción de naturaleza cualitativamente más grave, fue puesta de relieve en mi voto particular, en el que coincidí con el contenido de la Sentencia dictada por la Corte IDH en el asunto *Moya Chacón Vs. Costa Rica*, oportunidad en la que pude remitir mis consideraciones al entendimiento consolidado en *Álvarez Ramos*<sup>28</sup>.

33. En esa misma ocasión, subrayé que, aunque las víctimas del caso *Moya Chacón* no habían sido condenadas, sí habían sido sometidas a un proceso penal. También señalé que no es necesaria una condena efectiva para que se produzca una violación del delicado espacio de la libertad de expresión, y que la mera apertura de un proceso penal y la perspectiva razonable de una condena son suficientes para constituir una violación del derecho a la libertad de expresión -ya que se produce lo que se denomina *chilling effect*.

34. Llegué incluso a sostener que cuanto menos cuidadosa sea la jurisdicción interna en la apreciación de la materialidad del delito o de los elementos subjetivos de la conducta considerada típica, mayor será el poder de intimidación que se deriva de la instauración del proceso, pues mayor será el riesgo de condena. Parece innegable que la mera incoación de un proceso penal agrava aún más el efecto inhibitor que debilita la libertad de expresión y esta constatación debe ser tenida en cuenta para que la prevalencia de la libertad de expresión cuando se trata de cuestiones de interés público sea plenamente respetada.

35. En el mismo año, el caso *Baraona Bray Vs. Chile* (2022) reforzó esta apreciación. En esa ocasión, se solicitó a la Corte IDH que evaluara la convencionalidad del proceso penal al que había sido sometida la víctima y que culminó con su condena por el delito de "injurias graves" a la pena de 300 días de presidio, multa y una pena accesoria de suspensión de cargo público mientras durara la condena<sup>29</sup>. En la Sentencia, la Corte IDH firmó:

128. Este Tribunal ha establecido que, en el caso de un discurso protegido por su interés público, como es el referido a conductas de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, la respuesta punitiva del Estado mediante el derecho penal no es convencionalmente procedente para proteger el honor del funcionario. Ahora bien, en cada caso concreto la calificación de un discurso como de interés público depende de la ponderación de tres elementos -subjetivo, funcional y material-, lo que otorga a los jueces penales un considerable margen de discrecionalidad. Esto significa que dicho análisis no puede producirse de forma previa a que se haya acudido a la vía penal, pues una decisión de este tipo sólo tiene lugar con posterioridad a que se haya iniciado un proceso penal. Así, aunque la autoridad judicial competente se pronuncie por la inaplicabilidad de la sanción penal, ya se habría producido el efecto amedrentador que afecta la libertad de expresión.

129. En vista de lo anterior, este Tribunal considera necesario continuar en la senda protectora del derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 13 de la Convención, en el entendido de que, cuando se trata de delitos contra el honor que implican ofensas e imputación de hechos ofensivos, la prohibición de la persecución criminal no debe basarse en la eventual calificación de interés público de las declaraciones que dieron lugar a la responsabilidad ulterior,

---

<sup>28</sup> Corte IDH. Caso Moya Chacón y otro Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de mayo de 2022. Serie C No. 451. Voto concurrente del Juez Rodrigo Murovitsch, párrs. 24-25.

<sup>29</sup> Corte IDH. Caso Baraona Bray Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2022. Serie C No. 481, párr. 1. Conforme destacó la Corte en el párrafo 153: "a pesar de que la condena fue suspendida y posteriormente el Poder Judicial sobreseyó definitivamente la causa penal contra el señor Baraona el 1 de agosto de 2005 y la archivó el 10 de agosto del mismo año, sin imponer sanción alguna; el señor Baraona fue víctima de la imposición de una pena la cual estuvo vigente hasta la fecha del sobreseimiento".

sino en la condición de funcionario público o de autoridad pública de aquella persona cuyo honor ha sido supuestamente afectado.

130. De esta forma, se evitaría el efecto amedrentador ("chilling effect") causado por la iniciación de un proceso penal, así como sus repercusiones en el disfrute de la libertad de expresión, y el debilitamiento y empobrecimiento del debate sobre cuestiones de interés público. Con ello, se salvaguarda de forma efectiva el derecho a la libertad de expresión, ya que, al descartar de forma inmediata la posibilidad de iniciar un proceso penal, se evita el empleo de este medio para inhibir o desalentar las voces disidentes o las denuncias contra funcionarios públicos.<sup>30</sup>

36. Se observa que, en esa ocasión, además de reforzar los parámetros construidos en los últimos cinco años, la Corte IDH dio un paso más al restringir aún más el acceso al sistema de justicia penal cuando se trata de medidas de responsabilidad ulterior por eventuales abusos en el ejercicio de la libertad de expresión cuando el bien jurídico en cuestión es el honor de un funcionario público. Por último, se dio una definición más precisa y objetiva al concepto de interés público. En particular, se estableció que los individuos no pueden ser objeto de enjuiciamiento penal por declaraciones relativas a la actuación de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, salvo cuando constituyan una imputación falsa de delito. El hecho de que el destinatario de la declaración ocupe un cargo público, de inicio, lo sitúa en la "zona de luz pública". La condición funcional será decisiva, y no sólo la disputa sobre la relevancia pública de la cuestión, que invita a la ecuación casuística que se quiere evitar. En la misma línea se sitúa el análisis desarrollado en el voto particular anexo a dicha Sentencia:

3. En este sentido, el presente caso se destaca en medio de esta trayectoria al elevar los estándares de la Corte IDH a un nuevo nivel, notablemente en los párrafos 128 a 130 de la sentencia, plasmado en el reconocimiento de que la protección penal del honor de los funcionarios públicos en contra de ofensas y la imputación de hechos ofensivos no tiene respaldo en la Convención.

4. Al definir la condición de funcionario público del presunto ofendido como criterio de prohibición convencional para perseguir delitos contra el honor, y no el carácter de interés público de las declaraciones consideradas ofensivas, la Corte pretendió descartar de inmediato la posibilidad de abrir procesos penales contra quienes realizan crítica pública, actividad esencial para el sano funcionamiento de las democracias. La exclusión a priori de la respuesta drástica que ofrece el derecho penal, la faceta más severa del poder punitivo del Estado, pretende impedir que las voces disidentes y el control social de la actividad de los agentes estatales sean desalentados por los efectos inhibitorios y atemorizadores de la sombra del ius puniendi<sup>31</sup>.

37. Así, el caso *Baraona Bray* no sólo consolida la posición ya afirmada en los casos *Álvarez Ramos* y *Palacio Urrutia*, sino que eleva la jurisprudencia a un nivel de protección aún mayor, según el cual los posibles excesos en el ejercicio de la libertad de expresión en relación con el derecho al honor de los funcionarios públicos ni siquiera pueden ser examinados en un proceso penal.

38. En otras palabras, si el caso *Moya Chacón* había dejado quizás lugar a interpretaciones sobre si se estaba produciendo un regreso jurisprudencial a los estándares anteriores a 2019, esta lectura ya no persiste tras el advenimiento de la

---

<sup>30</sup> Corte IDH. Caso *Baraona Bray Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2022. Serie C No. 481, párrs. 128-130.

<sup>31</sup> Corte IDH. Caso *Baraona Bray Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2022. Serie C No. 481. Voto concurrente de los Jueces Ricardo C. Pérez Manrique, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Rodrigo Mudrovitsch, párrs. 3 y 4.

sentencia *Baraona Bray Vs. Chile*, como también ocurre en el presente caso, que consolida esta profundización en la convicción última ya lanzada tiempo atrás.

39. La Corte IDH, en su convicción de que la libertad de expresión debe primar cuando se trata de asuntos de interés público, ha tenido ocasión a lo largo de los años de precisar su entendimiento sin grandes desviaciones. En primer lugar, la Corte IDH ha destacado la especificidad de la sanción penal, que forma parte del cálculo que ha llevado a la conclusión de que la protección del honor debe ceder en estos casos. Quedarían otras formas de responsabilidad ulterior.

40. Yendo un paso más allá, la Corte IDH señaló que de esta sentencia resulta una presunción que opera en el plano de la prohibición: el ejercicio de esta libertad tan cara a las democracias no debe ser prohibido, con la excepción, al menos por el momento, de las falsas imputaciones de delitos. Con esta observación se pretende evitar que este análisis se haga caso por caso, lo que, dadas las múltiples variables interpretativas, daría lugar a una desprotección de la libertad de expresión. Al fin y al cabo, el efecto de enfriamiento en el entorno público ya se deriva de la posibilidad de que se incoe un proceso penal.

41. Para precisar aún más su camino, la Corte IDH decidió definir con mayor exactitud el vago concepto de interés público, señalando como criterio decisivo la propia condición de funcionario del destinatario de las declaraciones eventualmente deshonrosas. Todo este camino, lineal y firme, discurre siempre en la misma dirección protectora. Me parece que, en futuras ocasiones, se tratará de profundizar, con los ajustes necesarios, en esa convicción última.

## **II.2. La *ratio* de la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de libertad de expresión**

42. Una vez presentada y aclarada la evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de libertad de expresión, especialmente en casos que involucran manifestaciones discursivas deshonrosas para funcionarios públicos, vale la pena explicar con un poco más de detalle el razonamiento que subyace a este desarrollo jurisprudencial. Se mostrará que la línea evolutiva desarrollada, incluso presentada en sus propios términos, se basa en fundamentos sólidos, relacionados sobre todo con la importancia del derecho a la libertad de expresión, así como con la naturaleza y los límites del *ius puniendi* estatal.

43. La libertad de expresión tiene un componente individual, que forma parte de su núcleo esencial, y una dimensión colectiva, que no es menos importante. Este aspecto colectivo está vinculado al hecho de que la libre confrontación de ideas en la esfera pública es esencial para la constitución de la *polis* en su forma moderna, es decir, para la democracia constitucional. Konrad Hesse<sup>32</sup> ya afirmó que no hay régimen democrático sin libertad de expresión:

"Sin libertad de expresión de opinión y libertad de información (...) no es posible el desarrollo de iniciativas y alternativas pluralistas ni la "formación previa de la voluntad política", no puede haber publicidad de la vida política, no se garantiza efectivamente la igualdad de oportunidades de las minorías y no puede desarrollarse la vida política en un proceso libre y abierto. La libertad de opinión es, por tanto, para el orden democrático de la Ley Fundamental "simplemente constitutiva."

---

<sup>32</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de derecho constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 302/303.

44. Decir que el derecho a la libertad de expresión no es absoluto es tan obvio como cierto. Encuentra sus límites precisamente en el honor y la dignidad individuales, que reciben protección, dentro de ciertos parámetros, del Derecho penal precisamente a través de los tipos penales tradicionales contra el honor. Los límites de la prohibición penal dirigida a proteger el honor se extraen, a su vez, del ámbito de ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Es lo que el Tribunal Constitucional Alemán denominó, "*Decisión Lüth*", del "*efecto de retroalimentación*" o "*teoría de la retroalimentación*" (*Wechselwirkungslehre*)<sup>33</sup>. En otras palabras: la libertad de expresión encuentra límites en las prohibiciones penales de los delitos contra el honor, mientras que éstas deben conformarse e interpretarse de forma restrictiva a la luz de la propia libertad de expresión<sup>34</sup>.

45. Sin embargo, debido a los mencionados aspectos individuales y colectivos de la libertad de expresión, en los casos en que los ataques discursivos (aunque sean deshonrosos, agresivos) forman parte de un debate público de interés colectivo, la balanza entre la protección de la libre expresión del pensamiento y la protección (penal) de los derechos de la personalidad se inclina hacia la primera, en detrimento de la segunda. Es tendencia en la jurisprudencia internacional que el ejercicio de la libertad de expresión reciba una capa adicional de protección cuando se refiere a debates sobre asuntos de interés general o político. En estos casos, en el conflicto entre la libertad de expresión y la protección del honor personal, tiende a prevalecer la libertad de expresión, aunque la conducta sea (objetiva y subjetivamente) típica. La jurisprudencia tanto de la Corte IDH (ver supra II 1) es abundante en este sentido.

46. Sin embargo, existen básicamente dos formas de primar la libertad de expresión en los casos de "crítica al poder"<sup>35</sup> que acaban lesionando el honor de los cargos públicos. La primera consiste en, tras comprobar que existe una intervención en el derecho a la libertad de expresión consagrado en la norma penal que tipifica el delito contra el honor, realizar una ponderación, en el caso concreto, entre la libertad de expresión y el derecho a la personalidad. Este método coincide con el sistema de protección de los derechos fundamentales basado en el test de proporcionalidad, adoptado por diversos tribunales constitucionales de todo el mundo y en tribunales internacionales<sup>36</sup>, basándose especialmente en la experiencia del Tribunal Constitucional alemán<sup>37</sup>. Esencialmente, esta fue la opción metodológica seguida por la jurisprudencia de la Corte IDH hasta el mencionado giro jurisprudencial en el caso *Álvarez Ramos Vs. Venezuela*.

---

<sup>33</sup> BVerfGE 7, 198 (BVerfG, 15.01.1958 - 1 BvR 400/51).

<sup>34</sup> Así también BACIGALUPO, Enrique. *Delitos contra el honor*, Madrid: Dykinson, 2000, p. 43: "Desde esta perspectiva, la ponderación de los intereses subyacentes bajo los derechos fundamentales en colisión debe tomar necesariamente en cuenta el significado institucional de unos y otros en una relación flexible, en la que el punto de partida de la interpretación debe estar dado por la posición fundamental que ocupa la libertad de expresión en el sistema del Estado democrático de Derecho."

<sup>35</sup> Expresión usada por el Tribunal Constitucional Alemán, en el original "Machtkritik" (cf. BVerfGE 93, 266, Nm. 119).

<sup>36</sup> Instrutivamente SCHLINK, Bernhard. Proportionality in Constitutional Law: why everywhere but here?, *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 22, 2012, p. 291 ss; BARAK, Aharon. Proportionality: *Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge, 2012. 131 ss; BERNAL PULIDO, Carlos. The Migration of Proportionality across Europe, *New Zealand journal of public and international law*, vol. 11, 2013, p. 483 ss.; ALEXY, Robert. Proportionality and Rationality, in JACKSON/TUSHNET (org.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge, 2017, p. 13 ss.; GREENE, Jamal. Rights as Trumps?, *Harvard Law Review*, vol. 132, 2018, p. 28, 56 ss.; POSCHER, Ralf. Proportionality and the Bindingness of Fundamental Rights, in: BILLIS/KNUST/PETTER RUI (org.), *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, Hart Publishing: Oxford, 2021, p. 49, 51 ss.

<sup>37</sup> Por todos, ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, Berlin, 1994, p. 249 ss.

47. La segunda posibilidad corresponde a una protección más radical de la libertad de expresión en caso de ataques discursivos contra funcionarios públicos en el ejercicio de su función o sobre asuntos de interés público. Según esta alternativa, siempre que el sustrato fáctico indique tratarse de la citada hipótesis (de "crítica al poder"), la protección penal del honor individual sucumbe ante la libertad de expresión, es decir, se cierra la puerta a la ponderación en el caso concreto. De hecho, podría decirse que se trata de una ponderación anticipada o abstracta: la controversia entre los bienes jurídicos opuestos se resuelve de antemano, a favor, en este caso, de la libertad de expresión<sup>38</sup>. Este camino, que, como hemos visto, es precisamente el seguido por la jurisprudencia más reciente de la Corte IDH desde el caso *Álvarez Ramos Vs. Venezuela*, se justifica por una serie de razones, que se expondrán a continuación.

48. La *ratio* que subyace a la opción metodológica adoptada por la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de libertad de expresión se compone de dos consideraciones fundamentales que son interdependientes: el valor de la libertad de expresión en la esfera pública y el principio de *ultima ratio*. Por regla general, el Estado tiene que soportar una carga elevada para justificar cualquier tipo de incriminación, aunque la prohibición de la conducta no represente una restricción de ningún derecho fundamental específico. Incluso en estos casos, el Estado no es libre de utilizar el derecho penal – por ejemplo, no existe un derecho fundamental a estacionar en cualquier lugar que el individuo desee, es decir, el Estado tiene un interés legítimo en prohibir la conducta de estacionar en un lugar prohibido, incluso con sanciones; sin embargo, el Estado no puede utilizar legítimamente el derecho penal para desalentar este tipo de conductas, so pena de violar el principio de *ultima ratio*, que no es más que la traducción al lenguaje jurídico penal del componente de "necesidad" del principio de proporcionalidad<sup>39</sup>.

49. Esta carga de justificación aumenta significativamente cuando la conducta que se busca prohibir penalmente se enmarca en el ámbito de protección de un derecho fundamental específico, como es la libertad de expresión, especialmente en los casos en que no sólo se afecta el componente individual de este derecho, pero también, y con especial fuerza, su dimensión colectiva, relacionada con asegurar las condiciones básicas para el surgimiento del debate público en el régimen democrático.

50. El principio de *ultima ratio*, base del derecho penal liberal, no debe verse como un mero adorno retórico, sino tomarlo en serio y aplicarlo efectivamente<sup>40</sup>. No procede el argumento, que a veces surge en la discusión científica, pero que sigue siendo minoritario, según el cual la sanción penal no siempre es la intervención estatal más grave en el ámbito de la libertad del ciudadano; las medidas civiles y administrativas serían, en ciertos casos, tan intrusivas como la intervención penal, actualmente caracterizada por el uso no exclusivo de la pena privativa de libertad (debido a la imposición de multas, penas

---

<sup>38</sup> Como se verá más adelante, esto no significa que se elimine por completo la protección jurídica y el "honor" jurídico, sino sólo la protección penal. La protección mediante medidas civiles sigue abierta.

<sup>39</sup> KASPAR, Johannes. *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, Baden-Baden: Nomos, 2014, p. 183 ss; ROXIN, Claus/GRECO, Luís. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. I, Munique: C.H. Beck, 2020, § 2 Rn. 98.

<sup>40</sup> El principio de *ultima ratio* o de la subsidiariedad es considerado un dogma incorporado al "sentido común" de la ciencia jurídico-penal, cf., por todos, SCHÜNEMANN, Bernd. *El derecho penal es la ultima ratio de la protección de bienes jurídicos* – Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado de Derecho liberal, em: SCHÜNEMANN/GRECO (org.), *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, São Paulo, 2013, p. 69 ss.

restrictivas de derechos, de acuerdos [*plea bargaining*, también llamada colaboración premiada] etc.)<sup>41</sup>.

51. Este argumento, que se obtiene de un insuficiente punto de vista *macro*, subestima la realidad de la sanción criminal para el *individuo* que puede sufrirla<sup>42</sup>. La pena, diferente de otras consecuencias jurídicas derivadas de la práctica de infracciones, como confisco de bienes, obligación de reparar el daño, etc., es la única sanción concebida para, *intencionalmente*<sup>43</sup>, infligir un mal (restricción física de libertad) y emitir censura contra el ciudadano<sup>44</sup>. En muchos casos, la pena representa lo que Schünemann denomina de *Overkill*: el ciudadano, por menoscabar, muchas veces de manera transitoria y reversible, bienes jurídicos como el patrimonio y el honor, puede verse privado de libertad, encarcelado, por un largo tiempo<sup>45</sup>. De esta realidad de la sanción penal surge la esencia del principio de *ultima ratio*: "sólo pueden imponerse penas cuando se trate de asegurar los bienes esenciales del individuo y de la sociedad y todos los demás medios resulten infructuosos"<sup>46</sup>.

52. Además de la dolorosa realidad de la pena para el individuo sometido a ella, la amenaza de sanción penal en los casos en que la conducta prohibida entra dentro del ámbito de protección de un derecho fundamental, como es la libertad de expresión, promueve un efecto inhibitorio o amedrentador no deseado para otros miembros de la sociedad o *chilling effect*. Este efecto amedrentador o inhibitorio, derivado de la utilización del sistema de justicia penal en casos de ataques discursivos en la esfera pública, es particularmente nocivo para el debate plural y democrático, como ha señalado reiteradamente la Corte IDH.

53. Especialmente en el contexto de los crímenes contra el honor, cuya persecución suele darse mediante acciones penales llevadas a cabo por la iniciativa privada del ofendido, esto resulta a la vez preocupante y problemático. Teniendo en cuenta que la mera presentación de una querrela penal por parte de un particular es suficiente para permitir el inicio de un proceso penal, resulta considerablemente más fácil utilizar la fuerza del aparato criminal con miras a desalentar las críticas, las denuncias y la difusión de información pertinente para la opinión pública. Y, en este contexto, es práctica común

---

<sup>41</sup> Sobretudo TIEDEMANN, Klaus. *Wirtschaftsstrafrecht – Einführung und Allgemeiner Teil, mit wichtigen Rechtstexten*, 4a ed., 2014, p. 82; *idem*, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht – Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts*, 1969, p. 144 ss; *idem*, *Verfassungsrecht und Strafrecht*, 1991, p. 52; y, del punto de vista del derecho público-constitucional, GÄRDITZ, Klaus Ferdinand: *Demokratizität des Strafrechts und Ultima Ratio-Grundsatz*, *Juristenzeitung*, 2016, p. 641, 646. Con el mismo argumento, ASHWORTH, Andrew/ZEDNER, Lucia. *Punishment Paradigms and the Role of the Preventive State*, in SIMESTER et al (ed.), *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch*, Oxford, 2014, p. 11.

<sup>42</sup> En este sentido ROXIN, Claus/GRECO, Luís. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. I, Munique: C.H. Beck, 2020, § 2 Rn. 102.

<sup>43</sup> HUSAK, Douglas. *Lifting the Cloak: Preventive Detention as Punishment*, *San Diego Law Review*, vol. 48, 2011, p. 1173, 1189: "In order to qualify as a punishment, it must also be true that each of these two features is brought about intentionally. In other words, state sanctions do not qualify as punishments because they happen to impose deprivations and stigmatize their recipients. The very purpose of a punitive state sanction is to inflict a stigmatizing deprivation on the offender". Nesse sentido, también, CASTELVÍ MONSERRAT, Carlos. *Decomisar sin castigar: Utilidad y legitimidad del decomiso de ganancias*, *Indret* 1/2019, p. 31.

<sup>44</sup> Como muy bien expresado por Silva Sánchez, la pena se manifiesta en dos planos: el plano *simbólico-comunicativo* y el  *fáctico-aflictivo* (cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Malum passionais: Mitigar el dolor del Derecho Penal*, Atelier: Barcelona, 2018, p. 115.).

<sup>45</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito penal, racionalidade e dogmática: Sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional*, org e trad. Adriano Teixeira, São Paulo, 2018, p. 33.

<sup>46</sup> *Ibid*.

utilizar este poder del individuo, iniciar un camino persecutorio, utilizar el derecho penal como forma de venganza o de persecuciones arbitrarias y selectivas, en situaciones en las que ni siquiera su honor, –objetivo o subjetivo-, en realidad fue manchado.

54. El camino hacia la despenalización de las manifestaciones deshonrosas contra funcionarios públicos en asuntos de interés general, y de acuerdo con las salvedades formuladas por la Corte IDH en el caso *Baraona Bray Vs. Chile*, no equivale a negar el reconocimiento y protección del honor individual de los empleados públicos. Las medidas de responsabilidad de carácter civil o administrativo siguen siendo igualmente posibles de tramitar legítimamente. En verdad, otros medios de responsabilidad a *posteriori*, como la rectificación, la retractación, el derecho de réplica y la responsabilidad civil son plenamente suficientes para tener efectos concretos, estableciendo una protección legal contra los ataques intencionados al honor. Es importante señalar que, en septiembre de 2022, a pocos meses de la publicación de la Sentencia del caso *Moya Chacón*, el Estado costarricense consideró oportuno avanzar hacia la conversión de los delitos contra el honor tipificados entonces por el Código Penal y la Ley de Prensa en ilícitos civiles, transfiriendo el conocimiento de dichos temas de los tribunales penales a la jurisdicción civil<sup>47</sup>. Parte de las razones explicadas para este cambio consiste precisamente en “evitar que las acusaciones penales por manifestaciones verbales sigan siendo utilizadas como armas para silenciar a la prensa y a la ciudadanía que denuncia actos de corrupción, daños al ambiente u otras situaciones que afectan los derechos e intereses de la colectividad”<sup>48</sup>.

55. Este tipo de solución despenalizadora encuentra ejemplos legislativos a nivel internacional. En Argentina solo se impone multa por el delito de imputación falsa de un delito<sup>49</sup>. La injuria no impone pena de prisión, además de establecer que las **manifestaciones sobre asuntos de interés público en ningún caso constituirán delito contra el honor**<sup>50</sup>. De manera similar, en 2009, Uruguay **eximió de responsabilidad penal a quienes criticaran o se manifestaran contra funcionarios públicos**<sup>51</sup>. Ese mismo año, el Reino Unido despenalizó la difamación y otros delitos contra el honor mediante la *Coroners and Justice Act*<sup>52</sup>, siguiendo la tradición de *common law* ya adoptada por los Estados Unidos, donde atentados contra el honor – conocidos como *libel*, *slander* y *defamation* – no son criminalizados a nivel federal.

---

<sup>47</sup> Se trata del proyecto de ley registrado bajo el Expediente n. 22.406, en trámite ante la Asamblea Legislativa da Costa Rica.

<sup>48</sup> Asamblea Legislativa. República de Costa Rica. Expediente n. 22.406.

<sup>49</sup> Cfr. Artículo 109 del Código Penal de Argentina – “La calumnia o falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado que dé lugar a la acción pública, será reprimida con multa de pesos tres mil (\$ 3.000) a pesos treinta mil (\$ 30.000). En ningún caso configurararán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas.”

<sup>50</sup> Cfr. Art. 109 del Código Penal Argentino citado arriba.

Art. 110 do Código Penal da Argentina - En ningún caso configurararán delito de injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. Tampoco configurararán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público.

<sup>51</sup> Cfr. Ley 18.515, del 15 de julio de 2009, cuyo artículo 4º modificó el artículo 336 del Código Penal de Uruguay para darle la siguiente redacción: “ARTÍCULO 336. (Exención de responsabilidad y prueba de la verdad).- Estará exento de responsabilidad el que: A) efectuare o difundiere cualquier clase de manifestación sobre asuntos de interés público, referida tanto a funcionarios públicos como a personas que, por su profesión u oficio, tengan una exposición social de relevancia, o a toda persona que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público (...).”

<sup>52</sup> En los términos del artículo 73 del referido *Coroners and Justice Act*: “The following offences under the common law of England and Wales and the common law of Northern Ireland are abolished: (a) the offences of sedition and seditious libel; (b) the offence of defamatory libel; (c) the offence of obscene libel”.

56. También es importante dejar claro, una vez más, que la solución despenalizadora adoptada por la Corte Interamericana se limita, hasta la fecha, a declaraciones injuriosas y difamatorias, dejando fuera las conductas calumniosas. La renuncia a la protección penal del honor de los funcionarios públicos no se refiere a conductas delictivas consistentes en la falsa atribución de un hecho delictivo a otro -independientemente de la nomenclatura adoptada para referirse a tales tipos penales en los distintos ordenamientos jurídicos que integran el Sistema Interamericano. Obviamente, esta distinción requiere especial cautela al definir lo que se entiende por calumnia o acusación falsa de un delito, de modo que no se desperdicien los esfuerzos por contener el sistema penal en términos de libertad de expresión.

57. Sólo debe considerarse típica la conducta practicada por el funcionario que sabe que el hecho es falso. Así, las imputaciones que resultan *ex post* falsas, pero que el funcionario creía ciertas en el momento en que las expresó, deben considerarse atípicas<sup>53</sup>. Este aspecto cobra aún más importancia en la discusión de asuntos de interés público, ya que castigar al sujeto de "buena fe", que creyó en la veracidad de la información, constituye una menoscabo y un desincentivo al ejercicio de los derechos de información y crítica (*chilling effect*)<sup>54</sup>. La línea jurisprudencial de la Corte, arriba expuesta, se funda, por lo tanto, en sólidas construcciones jurídicas. La conclusión a la que se llega parece así coherente con la línea evolutiva de la Corte, pero también correcta en sus fundamentos.

### **III. La relación entre libertad de expresión y "whistleblowing" - Garantías de no repetición del caso *Viteri Ungaretti***

58. Una vez establecidas las premisas teórico-jurisprudenciales, me referiré ahora más detalladamente al caso específico, en el que se analizan las sanciones que sufrió el señor Viteri Ungaretti como consecuencia de las denuncias formuladas por él. Como primer paso, demostraré que el fallo alcanzado en la Sentencia es, al mismo tiempo, una consecuencia natural de la protección otorgada por la Convención y por la jurisprudencia de la Corte Interamericana a la libertad de expresión en el ámbito público y de la observancia de los parámetros específicos y modernamente aceptados de protección del llamado "whistleblower". Concluiré haciendo algunas consideraciones sobre las garantías de no repetición otorgadas por la Corte IDH en este caso, profundamente alineadas con el tema.

#### **III.1. Libertad de expresión y "whistleblowing"**

59. Conviene, en primer lugar, recordar que parte de las sanciones aplicadas contra el señor Viteri Ungaretti no tuvo como motivo jurídico inmediato el supuesto contenido ofensivo o difamatorio de las declaraciones, sino razones formales "*corporis internos*", de carácter disciplinario y relacionados con deberes de discreción y confidencialidad. El caso que nos ocupa, por tanto, nos invita a sumergirnos en el universo de discusión de la protección del llamado "whistleblower", denunciante o alertador. Este tema está marcado por la relación de tensión que se establece entre el ejercicio de la libertad de expresión plasmado en la prerrogativa (en algunos casos: el deber) de informar sobre asuntos de interés público y los deberes de lealtad, discreción o confidencialidad inherentes al ejercicio de la profesión<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Así VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Libertad de expresión y derecho al honor, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* 13 (1987), p. 260-261.

<sup>54</sup> BACIGALUPO, *Delitos contra el honor*, Madrid: Dykinson, 2000, pp. 8 s.

<sup>55</sup> Se trata, según aduce Raguès i Vallès, de una hipótesis de colisión de deberes, cf. RAGUÈS I VALLÈS, Ramon. ¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal, *Indret* 3/2006, p. 12.

60. Naturalmente, el denunciante sólo transmitirá la información si el orden jurídico le garantiza cierta protección contra actos de represalia y, en algún nivel, cierta exención de responsabilidad posterior. De lo contrario, asumir el papel de denunciante sería una tarea excesivamente arriesgada. Este es otra materia vinculada a la tendencia moderna de "privatización"<sup>56</sup> persecución (penal) estatal; cada vez más, el Estado ha utilizado la cooperación de los ciudadanos para llevar a cabo sus funciones propias, entre ellas investigar y reprimir las infracciones<sup>57</sup>. Si el Estado quiere fomentar este tipo de denuncias, debe enfrentar esta tensión entre la transmisión de información que puede afectar el ámbito individual ajeno, con el fin de revelar un asunto de interés público, y la posible responsabilidad posterior del *whistleblower*.

61. El concepto de "*whistleblowing*" es definido por Nuno Brandão como "la actividad de aquel que señale un comportamiento ilegal o irregular ocurrido en el marco de una organización, pública o privada, con la que tiene o tuvo algún vínculo."<sup>58</sup> Alar Leite introduce un elemento en esta definición, al exigir que el denunciante, en la condición *insider*, "no tenga participación directa en los hechos"<sup>59</sup>. Está claro que el fenómeno del "*whistleblowing*", de origen estadounidense y actualmente tema de discusión en todo el mundo, incluye a denunciantes tanto funcionarios de empresas privadas como de instituciones públicas.

62. En general, los principios que rigen la protección de los denunciantes son los mismos para el ámbito público y privado. Sin embargo, hay excepciones. Por regla general, con excepción de quienes ocupan funciones específicas, como los encargados del departamento de *compliance* de las empresas, los trabajadores del sector privado tienen la prerrogativa, pero no el deber, de denunciar las irregularidades que ocurran dentro de la institución a la que pertenecen. Esta situación puede ser diferente dentro del ámbito de la administración pública. En algunos países, como Portugal, los funcionarios públicos están obligados a denunciar "los delitos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones y a causa de ellas"<sup>60</sup>.

63. La necesidad de proteger la libertad de expresión del denunciante contra represalias internas y externas se justifica por el interés público en obtener información y por la vulnerabilidad inherente del trabajador que se encuentra en la condición de "*whistleblower*". El objetivo es evitar, con la protección del denunciante, el temido efecto inhibitorio, el conocido *chilling effect*, que se produce a partir de las represalias impuestas al trabajador, ya sea por la institución a la que pertenece (mediante multas, despido, etc.), o por el Estado (mediante la sanción de delitos contra el honor, delitos de revelación del secreto industrial, entre otros)<sup>61</sup>.

64. Como puede verse, aunque no se trate aquí de un periodista que da cuenta de información de interés público, el problema clásico que ha impregnado la jurisprudencia de la Corte IDH durante muchos años se ha resuelto en los términos anteriores. La persecución indebida de *whistleblowers* puede desencadenar un contraestímulo, en oposición a la propuesta de los documentos internacionales que tratan el tema, más

---

<sup>56</sup> STOFFER, Hannah. *Wie viel Privatisierung »verträgt« das strafprozessuale Ermittlungsverfahren? Eine Untersuchung zur Zulässigkeit privater Beweisbeschaffung und zur Verwertbarkeit auf diese Weise erlangter Beweismittel im Strafverfahren*, Tübingen: Mohr-Siebeck, 2016; ANTUNES, Maria João. Privatização das investigações e compliance criminal, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 28, n. 1, 2018, p. 119-127.

<sup>57</sup> HORDER, Jeremy. 'Bureaucratic 'Criminal' Law: Too Much of a Bad Thing? *Current Legal Problems* 68, 2015, p. 1, que se refiere a un "Estado burocrático-participativo" ('bureaucratic-participatory' state).

<sup>58</sup> BRANDÃO, Nuno. O whistleblowing no ordenamento jurídico português, *Revista do Ministério Público* 161, 2020, p. 99. Nuestra traducción.

<sup>59</sup> LEITE, Alar. Whistleblowing und das System der Rechtfertigungsgründe, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1 (2021), p. 129.

<sup>60</sup> Artículo 242.º, n.º 1, párrafo b, Código de Proceso Penal portugués.

<sup>61</sup> En sentido próximo BRANDÃO, Nuno. O whistleblowing no ordenamento jurídico português, *Revista do Ministério Público* 161, 2020, p. 99, 111-112.

preocupados por garantizar una protección jurídica sólida para los denunciantes, hasta el punto de conceder alguna exención de responsabilidad penal<sup>62</sup>.

65. Con el avance de la discusión y de la regulación (pero todavía ausente en varios países) de “*whistleblowing*”, algunos criterios para la protección del denunciante se han cristalizado. Un ejemplo es la “Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo del 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que denuncian violaciones del derecho de la Unión”, que establece presupuestos, criterios y procedimientos para la práctica segura del “*whistleblowing*”. Esos parámetros sirven, en definitiva, para establecer cuándo la libertad de expresión del denunciante debe prevalecer sobre los deberes de lealtad, discreción o confidencialidad existentes hacia la institución a la que pertenece.

66. Tales presupuestos para la protección del “*whistleblower*” han sido desarrollados, además de literatura especializada, especialmente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“TEDH”), especialmente basada en el precedente *Gujav. Moldavia*<sup>63</sup>. Los criterios establecidos en esta decisión fundamental fueron aplicados en una serie de sentencias posteriores y recientemente consolidados en el caso *Halet vs. Luxemburgo*<sup>64</sup>. Entre ellos, dignos de consideración y que pueden servir de guía para el análisis del caso en cuestión y otros futuros, se mencionan los siguientes:

- a) **Interés público en la revelación de la información.** El concepto de “interés público” a efectos de protección de los denunciantes se ha definido de manera amplia. No existe una lista cerrada de infracciones legales o éticas que den lugar al derecho o al deber de denunciar. Naturalmente, las cuestiones relativas a la seguridad nacional, la separación de poderes y la conducta inadecuada de agentes políticos de alto rango son cuestiones de gran interés público. En este sentido, las denuncias de actos de corrupción constituyen el prototipo de lo que se convierte en un asunto de interés público<sup>65</sup>. En Alemania, por ejemplo, en el ámbito de la administración pública, la colisión entre la libertad/deber de denuncia y el deber de confidencialidad (*Verschwiegenheitspflicht*) se resuelve de antemano en el nivel de la ley: cuando existe una sospecha fundada de práctica de delitos de corrupción, el deber de confidencialidad se suspende (§ 37 II 1 Nr. 3, *Beamtenstatusgesetz*)<sup>66</sup>. Sin embargo, en general, el espectro temático que brinda protección a los denunciantes va más allá de las irregularidades en la administración estatal, abarcando temas relacionados con los derechos del consumidor, el medio ambiente, la salud pública<sup>67</sup>, entre muchos otros.
- b) **Divulgación por el canal adecuado – principio de la subsidiariedad.** Además de los deberes inherentes de lealtad y confidencialidad que afectan al empleado – público o privado–, la denuncia pública (“*whistleblowing*” externo), especialmente para la prensa, debe ser la *ultima ratio*. Los canales internos de denuncia deben ser priorizados, agotados (“*whistleblowing*” interno), antes de la divulgación de la denuncia al público externo (principio de la subsidiariedad)<sup>68</sup>. La Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo establece expresamente que: “Los Estados miembros promoverán la comunicación a través de canales de denuncia interna

---

<sup>62</sup> Cf. LEITE, Alaor. Whistleblowing und das System der Rechtfertigungsgründe, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, 1 (2021), p. 129 y ss.

<sup>63</sup> TEDH, *Guja v. Moldavia*, no. 14277/04, 12/02/2008.

<sup>64</sup> TEDH, *Halet v. Luxemburgo*, no. 21884/18, 14/02/2023; Cf. sumario de todas las decisiones sobre ese tema en: [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS\\_Whistleblowers\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Whistleblowers_ENG)

<sup>65</sup> *Halet v. Luxemburgo*, p. 50 y ss.

<sup>66</sup> GÜNTHER, Jörg-Michael. Öffentlichkeitsarbeit von Behörden und externes Whistleblowing durch Beamte, *NVwZ* 2018, p. 1109, 1111.

<sup>67</sup> TEDH, *Heinisch v. Germany*, no. 28274/08, 21.7.2011.

<sup>68</sup> RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. ¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal, *Indret* 3/2006, p. 14; GÜNTHER, Jörg-Michael. Öffentlichkeitsarbeit von Behörden und externes Whistleblowing durch Beamte, *NVwZ* 2018, 1109 (111).

antes que la comunicación a través de canales de denuncia externa, siempre que se pueda tratar la infracción internamente de manera efectiva y siempre que el denunciante considere que no hay riesgo de represalias” (Art. 7o, 2). Sin embargo, este no es un principio absoluto: en los casos en los que no existen canales internos de denuncia o en los que los interlocutores competentes están en connivencia con los infractores, el empleado no tiene otra alternativa que denunciar públicamente el asunto<sup>69</sup>. Los ordenamientos jurídicos nacionales han cumplido este orden de preferencia a través de canales internos, como es el caso de Portugal (art. 7º de la Ley 93/2021).

- c) **Autenticidad de las informaciones.** El denunciante no merece disfrutar de protección cuando la información revelada resulte falsa, infundada o temerarias<sup>70</sup>. El criterio aquí no es la veracidad ex post de la información. Se considerarán auténticas cuando el empleado, basándose en circunstancias objetivas, tenga motivos suficientes para creer en la veracidad del contenido de su comunicación<sup>71</sup>. La libertad de expresión, especialmente cuando están en juego deberes de lealtad y confidencialidad y el honor de personas o instituciones, debe ejercerse con responsabilidad, correspondiendo al empleado la responsabilidad de reflejar y verificar la plausibilidad de la información que pretende denunciar o divulgar<sup>72</sup>. La ya citada Ley 93/2021, de Portugal, exige “motivos graves” para las denuncias (art. 6º, n. 1), además de convertir en infracción administrativa muy grave la difusión de información falsa (art. 27º, n. 1 párrafo d).
- d) **Buena fe.** El criterio de la buena fe (subjetiva) es prácticamente corolario del requisito anterior (autenticidad). Se requiere que el denunciante haya actuado creyendo en la veracidad de la información y reconociendo el interés público en su divulgación o denuncia. El TEDH -a diferencia de la Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo, que no muestra relevancia a la motivación interna de “whistleblower”<sup>73</sup> - considera indigna de protección la conducta de un denunciante que actúa por motivos ajenos al interés público, por ejemplo, por afán de lucro o venganza.<sup>74</sup> Si bien no pasa a ser el criterio principal, se debe tener en cuenta la motivación del denunciante para verificar la presencia de buena fe, y, en consecuencia, la necesidad y merecimiento de protección contra represalias.

---

<sup>69</sup> Halet v. Luxemburgo, p. 47.

<sup>70</sup> RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. ¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal, *Indret* 3/2006, p. 16.

<sup>71</sup> Halet v. Luxemburgo, p. 49: “In this connection, the Court reiterates that it has already accepted that under certain circumstances the information disclosed by whistle-blowers may be covered by the right to freedom of expression, **even where the information in question has subsequently been proved wrong or could not be proved to be correct** (see Gawlik, cited above, §§ 75-76, with the references cited therein). For this to apply, however, the whistle-blower must have carefully verified that the information was accurate and reliable (see, by contrast, Gawlik, cited above, §§ 78 and 85). Whistle-blowers who wish to be granted the protection of Article 10 of the Convention are thus required to behave responsibly by seeking to verify, in so far as possible, that the information they seek to disclose is authentic before making it public.”

<sup>72</sup> Cf. Art. 6, a, Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo: “Los denunciantes tendrán derecho a protección en virtud de la presente Directiva siempre que:

a) tengan motivos razonables para pensar que la información sobre infracciones denunciadas es veraz en el momento de la denuncia y que la citada información entra dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva”.

<sup>73</sup> “(32) (...) Los motivos de los denunciantes al denunciar deben ser irrelevantes para determinar si esas personas deben recibir protección. Al respecto, críticamente, GARDEN, Florian/HIÉRAMENTE, Mayeul. Die neue Whistleblowing-Richtlinie der EU – Handlungsbedarf für Unternehmen und Gesetzgeber, *Betriebs-Berater*, 2019, p. 966.

<sup>74</sup> Guja v. Moldova, p.23: “The motive behind the actions of the reporting employee is another determinant factor in deciding whether a particular disclosure should be protected or not. For instance, an act motivated by a personal grievance or a personal antagonism or the expectation of personal advantage, including pecuniary gain, would not justify a particularly Strong level of protection ... It is important to establish that, in making the disclosure, the individual acted in good faith and in the belief that the information was true, that it was in the public interest to disclose it and that no other, more discreet, means of remedying the wrongdoing was available to him or her.”

67. Otros factores pueden y deben ser considerados para la protección del “whistleblower”, por un lado, la gravedad de la sanción (despido, multa, prisión)<sup>75</sup>, y, del otro, el daño (reputacional, económico etc.) sufrido por la institución o las personas denunciadas como resultado del informe; sin embargo, en el contexto de la administración pública, es poco probable que este último factor incline la balanza en contra de la protección del denunciante, dado el interés público en revelar información, que tiende a prevalecer<sup>76</sup>.

68. En el caso bajo análisis, el examen de los hechos a partir de todos los parámetros antes mencionados apunta, con relativa facilidad, a la violación del derecho a la libertad de expresión del señor Viteri Ungaretti debido a las sanciones sufridas por las acusaciones de corrupción que él llevó a cabo:

- a) El contenido de las denuncias, relacionadas con irregularidades en contratos de *leasing* celebrados por la Marina del Ecuador, era de notable interés público, al fin y al cabo, se trataba de un posible mal uso de bienes públicos y de actos de corrupción.
- b) El hecho, por sí solo, de que en su momento no existieran mecanismos específicos dentro de las Fuerzas Armadas ecuatorianas para canalizar denuncias sobre infracciones ocurridas en su interior, ya permitiría al denunciante exteriorizar información sobre posibles irregularidades en los mencionados contratos de *leasing*. Aun así, el señor Ungaretti tuvo el cuidado de informar primero al Almirante General de la Marina y, posteriormente, al Embajador del Ecuador en Londres. Estas medidas resultaron inocuas, ya que la investigación de las denuncias no permitió la debida rendición de cuentas de los involucrados<sup>77</sup>, así como el denunciante fue sancionado. Sus declaraciones posteriores a la prensa –que, cabe destacar, ya había tomado conocimiento de las supuestas irregularidades– son, por tanto, comprensibles y justificadas dada la clara falta de voluntad de la Marina de Ecuador para dilucidar y sancionar a los responsables de los presuntos actos de corrupción<sup>78</sup>.
- c) Asimismo, como se señala en la Sentencia, es posible decir que el contenido de las denuncias era auténtico, ya que el señor Ungaretti tuvo acceso a documentos y otras informaciones sobre el *leasing* del departamento de “Agregaduría Naval” y había presenciado supuestas irregularidades ocurridas en la contratación de seguros de aeronaves, aparentemente sin haber participado en las mismas. Se señala que, posteriormente, la Contraloría del Ecuador entendió que existían indicios de la práctica de delitos relacionados con el reaseguro de aeronaves militares. Por tanto, el denunciante tenía, en el momento de la denuncia, motivos suficientes para creer en la veracidad de la información comunicada por él y para reconocer el interés público en su divulgación.
- d) No existe prueba, ni siquiera indicios, de que el señor Ungaretti haya actuado con la intención de perjudicar directamente a algún miembro de las Fuerzas Armadas o dañar la imagen de la institución. Por tanto, no hay que dudar de su buena fe.
- e) Las sanciones sufridas por el señor Ungaretti por el simple hecho de denunciar presuntos actos de corrupción deben considerarse graves. Fue, en más de una ocasión, privado de su libertad al estar sujeto a la sanción de arresto y removido del cargo que desempeñaba como Agregado Naval en Londres. Además, se vio obligado a abandonar su país, lo que tuvo un impacto directo en la vida de su familia.

---

<sup>75</sup> Guja v. Moldova, p. 26.

<sup>76</sup> Halet v. Luxemburgo, p. 53.

<sup>77</sup> Sentencia, párr. 60.

<sup>78</sup> Sentencia, párrs. 39 y 40.

69. Es necesario concluir, por tanto, que el señor Viteri Ungaretti vio violado su derecho a la libertad de expresión, consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana, por parte del Estado ecuatoriano.

70. A modo de conclusión, cabe señalar que, habiendo cumplido los criterios mencionados anteriormente, el uso del aparato sancionador estatal, especialmente del derecho penal, para reprimir a los denunciantes es incompatible con el derecho a la libertad de expresión, teniendo en cuenta tanto las consecuencias sufridas por el individuo como por la colectividad (*chilling effect*)<sup>79</sup>. La protección del derecho -y, en su caso, el deber- del funcionario público a denunciar, especialmente en casos de corrupción, se suma armónicamente a la reciente jurisprudencia de la Corte IDH sobre libertad de expresión, presentada y justificada previamente en este voto, y siempre que se cumplan los requisitos específicos formulados para la presentación de tales denuncias, también indicados anteriormente.

### **III.2. Garantías de no repetición y Control de Convencionalidad**

71. Como pude explorar anteriormente, la sentencia en el caso Viteri Ungaretti y otros Vs. Ecuador se destaca por el desarrollo innovador de estándares que correlacionan el derecho a la libertad de expresión y las garantías que deben observarse en relación con personas que denuncien actos de corrupción.

72. Con base en el estado del arte de la jurisprudencia interamericana en materia de límites a la responsabilidad posterior por declaraciones sobre temas de interés público y sobre actuaciones de funcionarios públicos, la Corte IDH definió las obligaciones que deben observar los Estados en relación con la construcción de un aparato institucional que no sólo permita proteger a quienes denuncian posibles irregularidades dentro de la administración pública, sino que también permita el procesamiento adecuado e independiente de las denuncias, con miras a que sean efectivas y permitan la determinación de responsabilidades y tomar las medidas apropiadas.

73. A este respecto, la Corte IDH afirmó:

Los canales de denuncia deben ser independientes e imparciales, garantizar la confidencialidad de la identidad de los denunciantes y de la información recibida, emitir un acuse de recibo de la denuncia en un plazo corto y proveer una respuesta definitiva a la denuncia dentro de un plazo razonable. La información sobre la existencia y funcionamiento de dichos canales debe ser clara y fácilmente accesible para todos los funcionarios públicos.

Asimismo, los Estados deben establecer mecanismos de protección para los denunciantes de irregularidades de tal manera que se proteja su identidad y la confidencialidad de la denuncia, se adopten medidas para preservar su integridad personal, se impida su sanción o despido injustificado a causa de las denuncias, se les provea asesoría legal en relación con la denuncia, se les proteja de posteriores responsabilidades civiles o penales cuando la denuncia se haya realizado bajo la creencia razonable de su ocurrencia y se prevean medidas correctivas para responder a actos de represalia. Esta protección debe incluir medidas preventivas frente a la existencia de un riesgo real e inmediato para la persona denunciante. La Corte resalta la

---

<sup>79</sup> Cf. Halet v. Luxemburgo, p. 55: "In the particular context of whistle-blowing, the Court has already had occasion to hold that the use of criminal proceedings to punish the disclosure of confidential information was incompatible with the exercise of freedom of expression, having regard to the repercussions on the individual making the disclosure – particularly in terms of his or her professional career – and the chilling effect on other persons." En este sentido, ver también la consideración de n. 31 de la Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo: "Las personas que comunican información sobre amenazas o perjuicios para el interés público obtenida en el marco de sus actividades laborales hacen uso de su derecho a la libertad de expresión. El derecho a la libertad de expresión y de información, consagrado en el artículo 11 de la Carta y en el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, incluye el derecho a recibir y comunicar informaciones, así como la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación. En consecuencia, la presente Directiva se basa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre el derecho a la libertad de expresión y en los principios desarrollados por el Consejo de Europa en su Recomendación sobre protección de los denunciantes adoptada por su Comité de ministros el 30 de abril de 2014".

importancia de la protección contra represalias de hechos de corrupción para promover una cultura de responsabilidad e integridad públicas y evitar un efecto intimidatorio respecto de potenciales futuros denunciantes<sup>80</sup>.

74. En concreto, la víctima fue objeto de graves sanciones disciplinarias por hechos relacionados con las denuncias que realizó sobre presuntas irregularidades en contratos de *leasing* celebrados por la Agregaduría Naval de Ecuador en Londres. Sus informes fueron dirigidos tanto al Embajador del Ecuador como al Almirante General de la Armada<sup>81</sup>.

75. La Corte IDH consideró que, al momento de los hechos denunciados, el Estado no contaba con mecanismos adecuados para recibir denuncias de este tipo ni medidas de protección para los denunciantes, lo que violaba el deber del Estado de adoptar disposiciones de derecho interno para proteger los derechos previstos en la Convención, en los términos de su artículo 2<sup>82</sup>.

76. En materia de reparaciones, el Tribunal constató que, posteriormente, el Estado había aprobado un nuevo marco jurídico que regulaba las denuncias de actos de corrupción a través de los artículos 421, 422 y 430 del Código Orgánico Integral Penal de 2014, así como la nueva Ley Orgánica de Personal y Disciplina de las Fuerzas Armadas, de 2023<sup>83</sup>. La legislación superviviente, a pesar de avances significativos, aún resultó insuficiente para cumplir con los estándares establecidos por la Corte IDH.

77. La normativa, señaló la Corte IDH, está relacionada principalmente con el establecimiento de canales externos y a la protección de los denunciantes en estos espacios. Sin embargo, en el contexto militar, se limita a establecer la obligación de denunciar los delitos sin establecer las garantías necesarias para quienes la formulan. Además, resalta que las autoridades actualmente encargadas de recibirlos y procesarlos son los propios superiores jerárquicos, lo que contraviene los preceptos de independencia e imparcialidad que deben regir los mecanismos de procesamiento de denuncias de corrupción en la esfera del Poder Público<sup>84</sup>.

78. A partir de tales constataciones, la Corte IDH ordenó al Estado que:

adopte las medidas legislativas o de otro carácter para adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo establecido a la Convención Americana, de conformidad con lo establecido en la presente Sentencia (supra párr. 96), de tal manera que tanto los canales internos de las FFAA como los canales externos de denuncia de presuntos hechos de corrupción provean medidas que incluyan la protección de la identidad y de la integridad personal de la persona denunciante, se garantice la confidencialidad de la denuncia, se impida su sanción o despido injustificado a causa de las denuncias, se provea asesoría legal en relación con la denuncia, se proteja de posteriores responsabilidades civiles o penales cuando la denuncia se haya realizado bajo la creencia razonable de su ocurrencia y se prevean medidas correctivas para responder a actos de represalia<sup>85</sup>.

79. La medida otorgada en la Sentencia del caso Viteri Ungaretti demuestra la consolidación de un importante movimiento jurisprudencial de la Corte IDH en materia de control de convencionalidad que, por momentos, quedó en el olvido. Me refiero aquí al concepto de que el examen de los actos normativos no debe limitarse a la revisión de aquellos que fueron estrictamente aplicados en perjuicio de las víctimas de casos *sub judice*, sino que debe tener como objeto y fin la formulación de garantías de no repetición adecuadas y suficientes.

80. En el cambio entre el panorama normativo vigente al momento de los hechos y aquel al que dieron origen al caso, la Corte IDH consideró que las nuevas normas aún

---

<sup>80</sup> Sentencia, párrs. 95 y 96.

<sup>81</sup> Sentencia, párrs. 39 y 43.

<sup>82</sup> Sentencia, párr. 112.

<sup>83</sup> Sentencia, párr. 212.

<sup>84</sup> Sentencia, párrs. 214 y 215.

<sup>85</sup> Sentencia, párr. 215.

adolesían de algunos de los mismos defectos que condujeron a la violación de los derechos de las víctimas en el pasado. Ante la persistencia de tales lagunas, el Tribunal no podía, en el ejercicio de su mandato protector, cerrar los ojos ante situaciones que permitían que siguieran ocurriendo violaciones similares. La protección efectiva de los derechos humanos presupone que la Corte IDH ejerza su competencia para controlar la convencionalidad en el contexto de las reparaciones siempre que la revocación o modificación de la norma aplicada o no al caso específico- sea necesaria para asegurar la no repetición de violaciones.

81. Este vínculo entre no repetición y control de la convencionalidad exige una mirada que trascienda el dominio de la aplicación concreta de la Ley inconvencional. En el caso *Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina*, al decidir sobre las medidas de reparación del caso, el Tribunal consideró que las normas procesales penales vigentes al momento de los hechos y consideradas inconvencionales ya habían sido revocadas incluso antes del análisis por parte de la Corte IDH. Las disposiciones se referían a las hipótesis que permitían realizar registros (*requisas*) policiales sin orden judicial. Sin embargo, al analizar la redacción del nuevo Código de Procedimiento Penal, si bien la nueva norma había traído avances en relación a la anterior, la Corte IDH encontró que los cambios introducidos no abarcaron todas las violaciones declaradas en la Sentencia<sup>86</sup>. La clave del entendimiento residía, por lo tanto, en la formulación de garantías de no repetición, aun cuando el dispositivo sobre el que recaía la obligación de adaptar el derecho interno, por razones obvias, no fue aplicado.

82. Esto no significa, por supuesto, que la Corte IDH esté operando una modalidad "abstracta" de control de convencionalidad o que esté dotada del poder de revisar discrecionalmente todas y cada una de las leyes que considere conveniente. El ejercicio del control sigue vinculado al examen incidental de la norma en comparación con la Convención. Es decir, no se recurre a vía propia y específica de analizarla separadamente de las circunstancias materiales en las que se produjo la violación. La Sentencia demuestra una vez más que el criterio que atrae la competencia del Tribunal para revisar actos normativos internos debe buscarse no en la aplicación de la norma en perjuicio de las víctimas, sino en la pertinencia de su reforma para satisfacer el deber del Estado de prevenir nuevas violaciones en el contexto de medidas de no repetición.

83. Como visto, si bien la orden de reparación prevista en este caso se dirige a leyes que fueron promulgadas con posterioridad a los hechos, y por lo tanto no aplicadas en términos concretos, su objeto es la misma premisa que condujo a la violación del artículo 2: el establecimiento de mecanismos de denuncia externa e interna de la corrupción. En estos términos, al mismo tiempo que es inseparable de las violaciones declaradas en la Sentencia, el remedio propuesto también atestigua el cumplimiento de la función de la Corte IDH de ofrecer una respuesta estructural y definitiva a situaciones que dan lugar a un reiterado menosprecio de los derechos humanos.

84. En esta línea, con miras a cumplir con el rol normativo de orientación que le incumbe a la jurisprudencia de la Corte IDH, corresponde, en forma de *obiter dictum*, avanzar breves consideraciones que plantea el presente caso, el cual, como hemos visto, se enmarca en la tradición de la Corte IDH en materia de protección reforzada de la libertad de expresión en casos de interés público. Este refuerzo protector impide, desde el principio, la incidencia de prohibiciones vinculadas a la protección del honor individual de los destinatarios, con el fin de garantizar un entorno libre para el debate público en las sociedades democrática.

85. En su camino decidido, la Corte IDH profundizó algunas convicciones, entre las que destacan tres: en primer lugar, tal imposibilidad de persecución se refiere únicamente a

---

<sup>86</sup> Corte IDH. Caso Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 1 de septiembre de 2020. Serie C No. 411, párr. 121.

la persecución de carácter penal; en segundo lugar, la protección reforzada debe garantizar la imposibilidad de iniciar un proceso penal, en la medida en que dicha instauración, a nivel individual, afecta la esfera individual de la persona procesada, y, a nivel colectivo, produce en sí misma sólo el efecto inhibitor que se quiere evitar; finalmente, la Corte avanzó hacia una mayor especificación del elusivo y amplio concepto de interés público, avanzando hacia el énfasis en los interlocutores involucrados en la comunicación, ya sea el declarante o el destinatario: si son servidores públicos, la protección reforzada debe activarse previamente, acortando ulteriores especulaciones sobre el tema en debate.

86. Me parece que este es el camino que, por basarse en la condición especial de los involucrados, –un hecho objetivo–, mejor responde a los desarrollos jurisprudenciales, por lo que, respetuosamente, expreso mi expectativa de que la Corte IDH, en su papel colegiado y en sus deliberaciones, puede hacer cada vez más objetivos los criterios para activar la protección reforzada de la libertad de expresión en temas de interés público.

#### **IV. Conclusiones**

87. En este voto busqué resaltar algunos de los aspectos que considero más relevantes de la Sentencia que concurro. El primero radica en la importante línea de continuidad y profundización que ha construido la Corte IDH en su jurisprudencia respecto de los límites a la responsabilidad ulterior por declaraciones sobre temas de interés público o relacionados con la conducta de funcionarios públicos. Al reforzar y profundizar los estándares establecidos en *Álvarez Ramos Vs. Venezuela*, *Moya Chacón Vs. Costa Rica* y *Baraona Bray Vs. Chile*, la Sentencia de *Viteri Ungaretti y otros Vs. Ecuador* se suma a esta rica cadena de precedentes y consolida los importantes avances logrados en los juicios que lo precedieron. El segundo aspecto se refiere a la protección especial que debe otorgarse a las personas que denuncian actos de corrupción, importante innovación establecida en la Sentencia. Finalmente, destaco la garantía de no repetición otorgada por la Corte, que surge del propósito mismo del control de convencionalidad: asegurar la reparación integral y garantizar que violaciones como las identificadas no vuelvan a ocurrir.

Rodrigo Mudrovitsch  
Juez

Pablo Saavedra Alesandri  
Secretario