

Derecho a la información

Cátedra: Damián Loreti

Teórico: 2

Fecha: 30/03/2009

Hoy vamos a retomar lo hablado la semana pasada. Habíamos trabajado sobre el tema de las distintas etapas históricas, la prohibición de la censura y sus distintas formas. Habíamos trabajado que la censura clásica o típica era la que estaba prohibida en el sistema constitucional como la instancia de revisión previa independientemente del resultado, lo que repugnaban los sistemas constitucionales era que el Estado revisara contenidos. Alguno de ustedes había realizado una pregunta acerca de lo que ocurría con las empresas privadas que revisaban contenidos y determinaban que algo no saliera, tangencialmente nos vamos a meter hoy en eso, pero quiero mencionarles que hay un libro bastante reciente en el cual uno de los capítulos, que escribe Owen Fiss, define que hay una línea de gente que decide dentro de los medios de comunicación, que no lo hacen en nombre del Estado sino en función de lo que ellos estiman sería la línea de la empresa. No es común que alguien plantee eso desde el punto de vista doctrinario, más bien se plantea como queja.* Y lo denomina “managerial censorship”

Habíamos comenzado a distinguir las distintas etapas, la de la prohibición de la censura, una posterior de reconocimiento de los derechos de los trabajadores de los medios y una tercera que es la que se llama históricamente la etapa del sujeto universal del derecho a la información, que es en la cual a través de declaraciones de derechos humanos se consagra que todas las personas tienen derechos insitos, implícitos respecto del ejercicio de la libertad de expresión, ya fuera que estuvieran a cargo de los medios como sus dueños, como trabajadores de los medios o fuera de tener responsabilidades funcionales o profesionales en los medios.

El primer ejemplo es la Declaración de Derechos Humanos de París del año 1948; el segundo es la Carta Europea de Derechos Fundamentales de 1950 (también llamado Tratado de Roma); otro ejemplo es la Declaración Americana de Derechos del Hombre de 1948, a la que no se le suele dar demasiado tratamiento dado que es una declaración sin mecanismos operativos de aplicación, es decir, ningún órgano aplica esa declaración como propio aunque sirve como referencia; luego tenemos el Pacto de San José de Costa Rica (o Convención Americana de Derechos Humanos) que es la estructura más fuerte, el esqueleto del trabajo en el Sistema Interamericano; más adelante tenemos, entre muchas otras, la Convención Universal de Derechos del Niño; y por último, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la

* “Eternally Vigilant” Lee Bollinger y otros.

Convención Americana de Derechos Económicos, Culturales y Sociales. En algunos casos vamos a encontrar diferencias y vamos a ver de qué modo se armonizan o no las mismas.

La primera es la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948, cuyo artículo central en este tema del derecho a la información es el 19, de hecho hay una organización internacional de protección a la libertad de expresión que se llama Artículo 19 por esto. El mismo dice:

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

Esto da por sentado algo que muchísimos siglos antes no estaba reconocido como tal, que es la libertad de culto y la libertad de pensamiento, en tanto no tomaran estado público, no se exteriorizaran, pero tampoco podían ser objeto de prohibición, del el estilo: la profesión de cultos, el uso de imágenes, la tenencia de libros. Este tipo de cuestiones las da por saldadas previamente, el fuero interno no podía ser invadido, tanto por la protección de la vida privada como por la garantía de libertad de pensamiento y de profesión de cultos.

La Declaración trabaja sobre tres posibles libertades dentro de este derecho que son la libertad de difundir, la de investigar y la de recibir. Estas tres consagran lo que los europeos llaman el derecho a la información.

¿Qué implica el derecho a investigar?

Alumno: tener acceso, por ejemplo, a la información de un documento o archivo de carácter público.

Profesor: Esto es un poco más novedoso, pero efectivamente cabe ahí. Y este derecho, ¿para quién es?

Alumno 1: para los ciudadanos.

Alumno 2: para todos los hombres.

Profesor: Ahí hay una diferencia, ya que ser ciudadano implica ser mayor de 18 años y poseer derechos políticos. Eso es lo que marca la ciudadanía, es por eso que hay discusiones entre ciudadanía y consumidores, por ejemplo. La primera implica la posibilidad de tener ciertos roles activos de participación política, entre otros. Entonces si planteamos que el derecho de acceder a la información es para los ciudadanos lo que se hace es cortar de algún lado el conjunto que universalmente nosotros definimos como todos los hombres, los cuales tienen derecho de acceso por su sola condición de tal, sin acreditar nada. Algunos sostienen que ese derecho debería ser para los periodistas, con lo cual estoy en desacuerdo.

Entonces, hasta ahora sabemos que el derecho a la información es un derecho universal que reconoce, dentro del derecho a investigar, el acceso a las fuentes de información pública. ¿Qué otras cosas están amparadas por la libertad de investigar?

Alumno: investigar cosas de interés público.

Profesor: tengamos en cuenta que la información de interés público es distinta que la información pública. A veces pueden solaparse y, en ocasiones, no. Pero, ¿qué derechos o qué facultades están debajo de la posibilidad de investigar?

Alumno: puede ser, por ejemplo, acceso a archivos como una biblioteca pública.

Profesor: Esa es una posibilidad muy interesante, el acceso a archivos. No es lo mismo que la información pública. Es difícil tener una buena ley de acceso a la información pública en la práctica, en los hechos, en el ejercicio, si no se tiene una buena ley de archivos. Hay un caso que se va a abrir contra Brasil en la corte Interamericana que tiene que ver con acceso a archivos, no a información, es decir, no piden al Estado que informe, sino que le piden que muestre.

La información de interés público es la que no es del Estado, que no esta en manos de este necesariamente.

Alumno: por ejemplo, si una empresa contamina.

Profesor: ese es un caso excelente, lo ponen dentro de la ley de acceso a la información en algunos sitios, lo que hace a información ambiental, pero es el caso arquetípico de información de interés público, no es del Estado la información y sí tiene relevancia, por ejemplo, el tema del medio ambiente. Ese es uno de los mejores ejemplos del caso. Otro ejemplo es quiénes son los dueños de los medios de comunicación, esa no es información que tenga el Estado; o quiénes son los anunciantes y cuánto dinero ponen. No es algo que necesariamente esté en manos del Estado (sí lo terminan teniendo por lo balances). Pero los medios gráficos que no tienen licencia para funcionar, sino que son una sociedad comercial, saber cual es su movimiento de acciones o de anunciantes puede implicar que se sepa si eso influye o no sobre los contenidos, no por línea editorial, sino por presión económica. Esto no es información - químicamente pura- pública, porque el Estado no es el dueño de dicha información, pero sí es de interés público.

Alumno: ¿y esa información se la pido al Estado o a la empresa privada?

Profesor: eso vamos a verlo cuando veamos derecho de acceso. Yo creo que lo importante es a quién se le pide la información y si están obligados o no a darla. Generalmente las leyes de acceso a la información pública suelen trabajar sobre la información que está en manos del Estado o que produce este, sumada a la de los concesionarios públicos o licenciatarios, más las de impacto ambiental, aunque traiga problemas de aplicación fuera del ámbito oficial de los funcionarios. En algunos otros sitios aparecen las cuestiones de información de interés público. Efectivamente son sociedades privadas y el capital también lo es, pero si el tipo de actividad está reconocida como de interés público uno podría tener derecho, no por la misma vía que la información pública, pero sí reclamar que algunas cosas fueran más transparentes. En mi derecho a investigar el otro podrá decir que hay información que mantiene reservada, por ejemplo un diario, y yo podría decir que en tanto ellos forman opinión tengo derecho a saber quiénes son los dueños, sino también se puede pedir en la inspección general de justicia, lo cual tiene costo. Entonces entendemos que si dependen del Estado porque son empresas estatales, es

información pública y aquellos que reciben subvenciones del Estado, se les aplica de modo tangencial por extensión las mismas reglas.

¿Qué es lo que ocurre con el secreto profesional? ¿forma parte del derecho a investigar?

Alumno: para mí sí forma parte, porque si uno investiga como periodista tiene que estar resguardado.

Profesor: entonces si se investiga como periodista, aquella información (si es voluntad el profesional) puede quedar resguardada para protegerlo a él mismo, a la fuente y a los datos. Más adelante vamos a trabajar secreto profesional, pero básicamente la protección de las fuentes y de los datos no publicados forma parte del resguardo del derecho a investigar.

Bajo el derecho de difundir, ¿qué derechos hay?

Alumno 1: a no ser censurado previamente.

Alumno 2: a la indemnidad del mensaje, a no ser interferido.

Alumno 3: la interferencia se da sobre los dispositivos tecnológicos.

Profesor: por ejemplo sobre mensajes que van sobre soporte radioeléctrico sería la emisión. Y ¿alguna interferencia que tenga que ver con los diarios?

Alumno 1: no entregarles papel por ejemplo. La administración de cuotas de papel o el bloqueo del mismo.

Alumno 2: la no distribución del diario.

Alumno 3: no proveerle pauta oficial.

Profesor: el tema de pauta oficial lo vamos a dejar a un lado, ya que la Corte Argentina tiene dicho que no se puede administrar de modo arbitrario para castigar por línea editorial, y lo mismo dice la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ahí ponemos un breve resguardo, en ningún lado figura el derecho a recibir pautas como un derecho implícito a la actividad del medio. Ahora bien, si sacan la información por razones de contenido, sí hay una afectación a la libertad de expresión indefectiblemente, pero no está planteado en ninguna parte que todos los medios tengan derecho recibir pautas.

En el caso de los diarios, ¿de qué modo sería la afectación de la distribución?

Alumno 1: que la empresa que hace la distribución no quiera repartirlo por razones económicas o sindicales.

Alumno 2: si dejan de repartir el diario no lo hacen en beneficio del mismo, sino que lo hacen en beneficio de ellos.

Alumno 3: pero sí afecta a la libertad de expresión, porque donde empieza el derecho de uno termina el del otro.

Alumno 4: a mí me parece que el sujeto que ataca la libertad de expresión debería tener cierto poder o presión económica sobre el medio.

Profesor: eso tiene que ver con la magnitud de la consecuencia y no con el acto de afectar a la libertad de expresión. Es decir, si uno golpea a un periodista por lo que publica es efectivamente

una violación a la libertad de expresión. Hay neutralidad de contenido. Esto es muy importante, tanto para esto como para otras regulaciones que existen en algunos lugares que tienen que ver con la protesta pública, respecto a salir a la calle no pueden decirnos que si o que no en función de aquello que uno quiere protestar. En eso tiene que haber neutralidad, no en los modos, según lo que dice la Relatoría de Libertad de Expresión.. En lo que hay consenso es en que esa afectación a la libertad de expresión no tiene que relacionarse con contenidos. Esa neutralidad excluye la vocación de afectar en función de las ideas u opiniones.

Alumno: ¿cómo se sabe si el que para en un medio es neutral o en realidad lo hace por disconformidad en los contenidos?

Profesor: si paran y no lo pueden justificar se aplican sanciones. El ejercicio ilegítimo de una medida sindical trae consecuencias. Esa es la historia de los conflictos sindicales, la afectación del capital en función de la pelea del sector de trabajo, en el sector que se diera. En algunos sitios existen autorregulaciones de medidas sindicales, por ejemplo, cuando hay paro general la intersindical radial realiza boletines de quince minutos cada hora, es decir, no se hacen informativos grandes pero si se prevé que la gente reciba la información. Esto tiene que ver con cómo se autorregulan ciertos servicios o el Estado establece de qué modo hacerlo. Por ejemplo, La Nación traía un suplemento de un diario italiano y cuando la Federación Nacional de la E stampa Italiana (que es como la Federación de Prensa Argentina) discutía el convenio colectivo con diarios italianos y se trababa la negociación se decidía parar, entonces salía un recuadro en La Nación diciendo: “hoy no tenemos el suplemento por la medida sindical tomada por la Federación de la stampa” y esos paros, a veces, sí tienen que ver con la línea de contenido como repudio a alguna cosa, que es a violación de ciertos principios editoriales del diario por alguna razón. En otros casos son netamente sindicales, pero hay algunas medidas de fuerza que tienen que ver con la protección de la indemnidad profesional de los periodistas.

Alumno: por ejemplo en el caso de los camioneros, se acusó que en el diario había una nota que repudiaba a Moyano o a su hijo.

Profesor: pero en ese caso hay un tema de encuadramiento, no tiene nada que ver el hijo de Moyano. Ellos lo que plantean es que los camioneros no son parte de una cooperativa de empleadores, son un sindicato aparte de la actividad. Los distribuidores de diarios armaron cooperativas. En una época eran camiones que dependían de las empresas, a medida que fueron ampliando la flota se fueron armando cooperativas. Pero los camioneros dicen que son trabajadores en relación de dependencia. Ahí es donde está la discusión de en qué gremio se enrolan y ya hay un acuerdo firmado sobre esto.

Alumno: pero, ¿el paro no era de los camioneros contra la sociedad de distribuidores, por el encuadramiento de los trabajadores?

Profesor: era por el encuadramiento de los camioneros de la sociedad de distribuidores, los ponían como socios de la cooperativa de distribución cuando eran empleados de los

distribuidores. Esto se llama fraude laboral, cuando veamos estatuto del periodista les voy a contar algunos casos.

El secuestro o la obstaculización de diarios y periódicos está penada en el código penal, en el cual dice puntualmente que no se puede obstaculizar la libre circulación de un libro o de un periódico. No hay nada parecido en función del tema interferencias, no hay nada parecido en términos de obstaculización de recepción de medios de comunicación electrónicos. En eso el código penal se atrasa mucho. Sí hay una previsión de delito de interferencia de telecomunicaciones, que no es lo mismo que interferir una radio

Entonces, dentro del derecho a difundir está el derecho a no ser censurado antes; a que no haya interferencias, secuestro o impedimentos de la recepción de los medios; a la pluralidad de medios. La Corte Interamericana tiene dicho que el derecho a difundir, este derecho del artículo trece en el que nos vamos a meter ahora, no es un derecho declamativo, sino que es un derecho que requiere la instrumentalización de su ejercicio. No alcanza con decir que todo el mundo tiene derecho, sino que lo que hay que hacer es tomar medidas efectivas para que esos medios o esas posibilidades tecnológicas existan. Más aún, en la sentencia contra Argentina del caso Kimel de la Corte Interamericana. Y en dos bien recientes, del 03 de Marzo, contra Venezuela, la Corte Interamericana dice que el Estado además tiene la obligación de generar mecanismo de equilibrio destinado a sostener el pluralismo. La Comisión Interamericana, en el año 2000 en una declaración que vamos a trabajar, tiene dicho que los monopolios o los oligopolios afectan la democracia porque restringen libertad de expresión y de información. Con lo cual esto deja de ser un debate, dado que hay una afirmación concreta del fiscal de la situación de derechos humanos en el continente que dice esto.

Dentro de la libertad o del derecho a recibir, ¿qué hay?

Alumno: que si alguno de esos monopolios u oligopolios no quieren recibir algo intervienen en el derecho a recibir.

Profesor: algo similar dice la Corte Interamericana en el considerando 31 de su opinión cinco de año 1985, dicen que esto es un derecho de doble vía, implica tanto el derecho individual de difundir como el derecho de los demás a recibirlo. No es más la idea del hombre en una esquina tomando la voz pública ante el conjunto, que alcanzaba con que el Estado garantizara que a este no le pasara nada. Dice la Corte Interamericana (que es el máximo tribunal de la Convención Americana de Derechos Humanos) que esto es un derecho a la vez individual que social. ¿Qué otra cosa hay en el derecho a recibir?

Alumno: que el Estado debe garantizar que todos puedan acceder a la información.

Profesor: el acceso a la información que sería como la contra cara del derecho a investigar que se planteó anteriormente con el acceso a la información pública.

Alumno: en el derecho a recibir también está la posibilidad de crear medios de recepción gratuitos.

Profesor: exacto. De hecho hay algunas sentencias, una de la Cámara Federal de Córdoba en el caso Mataldi, que es el caso de una cooperativa de servicios públicos que por la ley, antes de la reforma, no estaba autorizado a tener un canal de televisión, pero era lo único que se emitía en la zona, funcionaban por izquierda, eran clandestinos. Lo que dijo la Cámara Federal de Córdoba en este caso es que todos los habitantes de la Nación debían tener derecho al menos a recibir una señal de televisión, porque sino quedaban aislados de cualquier tipo de instancia comunicacional y eso era impensable. Hay otro fallo, de la Cámara Federal de Mendoza, diciendo algo parecido, a propósito de la instalación de la repetidora de canal 7 en San Rafael, que había habido un juicio del otro canal de San Rafael para que no funcionara la repetidora de canal siete. Lo que dice la Cámara Federal de Córdoba cuando revoca la prohibición de la repetidora es que la gente tiene derecho al pluralismo y a ver televisión. ¿Qué otra cosa hay en función del derecho a recibir?

Alumno 1: el derecho a elegir.

Alumno 2: por ejemplo, los televisores que están en los andenes del subte, ¿no son invasivos?

Profesor: en realidad no, porque así como vos tenés el derecho a elegir no verlos hay gente que tiene el derecho a verlos, por lo tanto podés optar por estar de espaldas a ellos. No es invasivo en tanto no sea lo único que podés ver. Es como los carteles en la vía pública. Hay otros casos que sí son invasivos, una radio en cadena.

Alumno 1: en función del derecho a recibir también está el tema de la interferencia.

Alumno 2: la transparencia en el origen de la información.

Profesor: eso hace a la lealtad informativa.

Alumno 3: también debe ser accesible en sentido económico, por ejemplo, si un diario costara \$200 no sería accesible para todos.

Profesor: en la Convención Americana de Derechos Humanos hay algo respecto a eso que es la no aplicación de impuestos a los enseres de recepción (eso está en el artículo trece inciso tres). Es una muy buena cuestión. No en todas partes está regulado de la misma forma, en algunos lugares se paga impuestos al televisor como si fuera la patente del auto. La BBC se sostiene, por ejemplo, con un derecho de patente con el cual uno debe abonar mensualmente once libras, con eso se solventa la BBC de Londres, y la ZDF alemana lo hace con algo similar, el correo se dirige al domicilio a cobrar la cuota. En la Convención Americana, como hay una prohibición de establecer impuestos a los enseres de recepción, hay una discusión de si eso puede o no ser un impuesto.

Alumno: pero al comprar un televisor ¿uno no abona el IVA?

Profesor: el destino del IVA es distinto al de un fondo específico de sostenimiento de la televisión pública.

Alumno: también es importante el derecho a recibir ciertos datos relacionados con los productos.

Profesor: eso es cierto y hay quienes lo ponen dentro del derecho a la información y hay quienes no. Para mí eso hace a la relación de consumo, no al derecho a la información en términos de derechos humanos, sino que hace a la calidad de información de un producto que protege a uno en tanto consumidor, no en tanto público. De hecho, lo que se planteó anteriormente sobre la transparencia del “producto informativo” no ocurre con los medios. Es decir, esta información la dan si compras, por ejemplo, una lata de atún, pero no la dan si compras un diario. Esto se va a ver claramente en el artículo 42 de la constitución.

Alumno: también hay que tener en cuenta que si uno no tiene la posibilidad de comprar una tele, ni radio, ni tampoco un diario está mucho más restringido el derecho a recibir información.

Profesor: no vamos a decir que eso es un caso límite porque sí existe, pero son carencias económicas estructurales como el rango de servicios, como por ejemplo, si a una zona llega o no banda ancha. Los temas económicos sí inciden en el derecho a la información, cuando hay cuestiones de pobreza estructural, a ese efecto el informe del año 2002 de la Comisión Interamericana habla sobre libertad de expresión y pobreza y la necesidad de medios barriales, locales y demás. Hay condiciones de pobreza estructural que a uno lo dejan “fuera del mercado informativo”, aún cuando uno no tuviera esa situación de pobreza estructural hay otras cosas sobre las cuales se puede pensar, incidir, trabajar, que no están dichas. La situación de pobreza estructural te aleja hasta del derecho de alimentación y salud. No excluyo que eso pasa y por eso hay otro tipo de soluciones, todavía no estamos llegando a las situaciones extremas.

Hay dos cosas más respecto al derecho a recibir que no están mencionando, una es la calidad de la información, donde puede ir el tema de la oportunidad, la veracidad y la objetividad. Estas tres cuestiones son bien complicadas. En la Declaración de Principios del año 2000, la Comisión Interamericana dice que no se pueden establecer requisitos legales a la calidad de la información, y se refiere a estos supuestos, dice: “la ley no puede reclamarle calidad a la información, porque ello puede implicar una afectación a la libertad de expresión”. La Comisión, tras señalar eso, indica que los medios deben regirse por pautas éticas que no pueden ser impuestas por los Estados. Entonces demanda de los medios conductas preactivas en función de mejorar la calidad de la información, lo que no cabe es reclamarlo en la ley porque si uno planteara que sólo es información aquello que cumple con estas condiciones todo el resto no sería ejercicio de la libertad de expresión, sería ora cosa y no tendría ningún tipo de protección, ni el error ni la crítica. Nos lleva a una situación extrema. Lo que se llama técnicamente discurso protegido debe incorporar la información o las opiniones (aunque sean agraviantes, erróneas) y lo que tiene que haber después es ver de qué modo se hacen responsable de ellos y en qué contexto. Lo que no se puede plantear es que, legalmente, no son información o que no están protegidas de ante mano. Eso va de la mano con la prohibición de la censura. ¿Qué hacemos nosotros cuando leemos una nota en la que se compara un contratista del Estado con un vicerrector de la universidad, como si todo dependiera del Estado del mismo modo? ¿Qué

hacemos con la información que no es rigurosa? No decimos que no es información, lo que hay que reclamar desde el punto de vista ético es información plural, es decir, que eso se pueda contestar en otro lado; la posibilidad de exigencia de derecho a rectificación, por lo cual el que recibe puede contestar rectificando la información; que haya más medios; exigir pluralismo; y exigir responsabilidad. Eso no implica que no haya calidad de la información desde el punto de vista ético para reclamar. Lo que no cabe, dice la Comisión, es que eso se exija previamente por ley y que, sino, no es información. El relator de la libertad de expresión, años después de esto, se mete con el tema de la veracidad y dice que lo que sí cabe reclamarse es una vocación, una predisposición de ánimo a la búsqueda de la verdad; y, que aunque eso no se cumpliera, no se puede decir que no es información desde el punto de vista de la libertad de expresión, lo que ocurre es que va a quedar sometida a algún tipo de responsabilidad. Por último, hay otro tema más respecto al derecho a recibir. ¿Qué ocurre con los monopolios de los derechos de los contenidos? ¿Es ético ocultar información porque se tiene un compromiso con un anunciante? Estaría sustrayendo del mundo de la información un conjunto de datos que pueden ser relevantes. No digo que no sea legal, la discusión es si es ético. Del mismo modo, en ciertos medios, sobre todo los de radio difusión en Estados Unidos, en una época tenían algo que se llamaba la doctrina de la equidad, que en temas de relevancia de interés público, si alguien tomaba la voz en un sentido alguien que se opusiera tenía derecho a controvertirlo y el medio tenía la obligación, aunque sea a uno de los que controvertieran, de darle espacio. Esa doctrina es de la Comisión Federal de Comunicaciones de los años 50. Llegó a la Corte Suprema de Estados Unidos en un caso que se llama Red Lion, que era la televisora que se oponía a eso, y la Corte de Estados Unidos lo ratificó, dijo que eso formaba parte de los principios de la Primera Enmienda de la libertad de expresión para todos y quien lo derogó fue el gobierno de Reagan con dos lemas de la época, uno es: “el televisor es una tostadora con pantalla, es un electrodoméstico más” y el otro era: “nadie tiene porqué decirle a los norteamericanos qué es lo que tienen que mirar”. Sin embargo, tienen medidas antimonopólicas en Estados Unidos, hay cosas que no se pueden hacer, no porque violan la ley de comunicaciones sino porque violan la ley antimonopolio.

¿Qué es lo que no podemos ver por decisión de su dueño y se ve de la forma que éste quiere?

Alumno: el fútbol.

Profesor: entre otras cosas el fútbol. Ahí lo que tenemos es un monopolio del derecho a la exhibición, afecta al derecho de recibir sin situación de extrema pobreza. Es decir, tenemos tres categorías de pago distintas, en televisión abierta podemos ver un partido el viernes; después tenemos una primera escala, que tenemos que tener televisión por cable; y una segunda escala, que además debemos tenerlo codificado. Eso es posible que afecte al derecho a recibir. En Europa, la Directiva Europea de Servicio de Comunicación Audiovisual en el año 2007 se mete sobre eso y lo llama Reglamentación de Ejercicios de Derecho de Exhibición, uno tiene un

contenido premium y tenés que, de acuerdo a lo que dicen los europeos, facilitarlo de algún modo para que en condiciones de mercado razonables lo pueda ver el conjunto, en distintas etapas, , no todo en televisión abierta y no sólo fútbol. Hay un caso muy famoso en Inglaterra, resuelto por el Tribunal Europeo de Justicia, que es un caso de críquet y, acá se puede hablar perfectamente del Tenis, inclusive de la Copa Davis. Eso posiblemente afecta al derecho a recibir, lo vamos a discutir a lo largo del año, en teoría, si se discute la ley de servicios de comunicación audiovisual, en el Congreso.

Entonces, tenemos los derechos de difundir, recibir e investigar más o menos ordenados con sus cuestiones internas.

Mencionaba recién la Convención Europea de Derechos Humanos, la cual en su artículo 10 plantea dos cosas. La primera es que toda persona tiene derecho a difundir, recibir e investigar informaciones u opiniones por cualquier medio sin limitación de fronteras. Pero la segunda parte del mismo artículo dice que este derecho entraña o comprende deberes y responsabilidades. Es decir, uno tiene derecho a exponer lo que quiera, pero esto conlleva ciertos deberes y responsabilidades, las cuales vamos a trabajar cuando veamos el artículo 13 de la Convención Americana, que tienen que estar basadas en tres principios: el de legalidad previa, es decir que deben estar establecidas previamente al hecho que se juzga por ley; perseguir un fin legítimo, es decir que no pueden estar establecidas para cualquier cosa; y deben ser necesarias en una sociedad democrática. El mismo artículo 10 menciona que se pueden establecer reglamentaciones a las empresas de radio, televisión y cinematografía, incluidas las autorizaciones previas. El segundo inciso del artículo dice que el Estado puede, además de imponer responsabilidades posteriores a la difusión, establecer mecanismos de ingerencia a restricciones para garantizar algunas cuestiones: la honra y la reputación de los demás, la salud pública, la moral pública, la seguridad nacional, la confidencialidad de ciertas informaciones y la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial. En suma, esto de las ingerencias previas es a posibilidad de establecer, no sólo mecanismos de revisión, sino mecanismos de prohibición. En el Sistema Europeo de Derechos Humanos está permitido prohibir, estableciendo censura previa.

En el Pacto de San José de Costa Rica vamos a encontrar dos artículos fundamentales para lo que nos interesa que son el trece y el catorce de la Convención de 1969 (o Pacto de San José de Costa Rica).

El artículo 13 dice (algo parecido al 19 en su primera parte): “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”. Esto equivale a decir que va adentro del principio de difundir, recibir e investigar expresiones humorísticas, literarias, cinematográficas, por Internet, por radio, por televisión, en papel, en

grafitos u oralmente. No hay discriminación de soportes cuando dice por cualquier medio a su elección, y los mecanismos de regulación van a tener que ver con estos principios.

El punto 2 del artículo trece dice: “El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores”. De modo determinante y definitivo la Convención dice, no hay censura previa, no hay revisión previa y mucho menos prohibición, lo que hay es responsabilidades en base a esos tres mismos principios: de legalidad, es decir, la ley debe ser anterior al hecho que se pretende juzgar. Más aún, cuando se trata de restricción de derechos humanos la ley debe ser ley en sentido formal, una ley aprobada por un Congreso de acuerdo a los mecanismos constitucionales. Esto pone en crisis los reglamentos del Comité Federal de Radiodifusión respecto a sanciones sobre contenidos, porque no está fijado todo ello en la Ley de radiodifusión, sino que hay cosas que se decide que serán castigadas porque una persona lo decida así, ahí hay serios problemas de legalidad. Ahora bien, cuando se trata de la promoción de derechos humanos, la ley es ley en sentido material, puede ser desde una ordenanza municipal hasta un decreto sin que sea una ley formal del Congreso. Esto lo dice la Corte Interamericana en una opinión consultiva que es la número seis del año 85.

Esto del fin legítimo significa que aquellas cosas que las leyes van a prever aplicar responsabilidad deben servir solamente para proteger ciertas cosas. No se puede proteger cualquier cosa por vía a la restricción por responsabilidad ulterior a la libertad de expresión. Esto sirve para libertad de expresión y para la libertad de reunión. No hay en la Convención Interamericana ningún otro artículo que diga cosas similares, que pida estas tres cosas. Entonces, sólo para estos dos casos están estos mecanismos respecto a la responsabilidad.

La Convención Americana habla del fin legítimo diciendo: la honra y la reputación de los demás, la salud y la seguridad, el orden público, la moral pública, la protección de la seguridad nacional entendida, no por la doctrina de seguridad nacional de la doctrina norteamericana de la dictadura, sino lo que para nosotros sería la defensa nacional.

Si alguien genera algún mecanismo de responsabilidad ulterior para algo que no esté previsto se lo cuestiona diciendo que no cumple con el requisito del fin legítimo y, entonces, es incompatible con la Convención Americana.

Veamos un caso concreto, en el año 93 hay un acuerdo en el marco de la Convención Interamericana de Derechos Humanos por el cual la Argentina firma la derogación del artículo 244 del código penal que castigaba el delito de desacato, que era la injuria u ofensa a un funcionario público con motivo o en vocación de sus funciones. Luego de eso, el gobierno de Menem, impulsa una modificación del código penal ampliando las penas de los delitos de calumnias e injurias. Entonces, se hace una denuncia a la Comisión Interamericana, la cual plantea que para un proyecto de ley, si el Estado no se los pide no pueden dar su opinión. Dado

esto, lo que le piden a la Comisión es que hagan un estudio de compatibilidad* a ver si las leyes de desacato, es decir, las que castigan la libertad de expresión por críticas u ofensas a los funcionarios públicos era compatible con la Convención. Lo que hace la Convención Interamericana en su informe del año 94 es plantear que la protección a los funcionarios públicos por su sola condición de tal es incompatible con la Convención porque no es un fin legítimo, proteger a las personas por el cargo que tienen no forma parte de los fines legítimos previstos por la Convención. Dice: “los funcionarios no solamente deberían no estar más protegidos, sino que deberían estar menos protegidos porque voluntariamente se someten a discusiones de temas de interés público. Ellos son quienes han elegido estar ahí y eso los hace más permeables a la crítica“. Es un caso arquetípico de discusión sobre el fin legítimo. No se protege la seguridad nacional por tener a un funcionario custodiado por una figura del código penal que castiga y que se lo critique.

El tercer requisito es el de necesidad en una sociedad democrática. La Convención Interamericana de Derechos Humanos dice que necesario no significa conveniente, no significa adecuado, ni útil, ni proporcional. Necesario es el menor grado de restricción a la libertad de expresión que permita cuidar el fin legítimo sin generar efectos inhibitorios a la libertad de expresión. Entonces, necesario es la magnitud de aquello que permite proteger el fin legítimo, de modo tan pequeño que no tenga efectos inhibitorios por las consecuencias sobre la libertad de expresión. En ese caso lo que se discutía era la duplicación de la pena de calumnias de tres años a seis (para establecer un parámetro, el mínimo de homicidio es ocho). Entonces se planteaba que no era necesario para proteger la honra y la reputación de los demás porque excede largamente del mínimo indispensable que permite proteger el honor de las personas sin que los otros tengan miedo de hablar, que es lo que se llama efecto inhibitorio.

A lo largo de la cursada vamos algunos fallos donde se habla de este tema, de si es necesario o no en una sociedad democrática, porque lo que se pretende, aún respetando el derecho individual de que cada cual diga lo que quiera, es fortalecer el Estado de derecho por vía del pluralismo y de la libertad de opinión.

Veamos el punto 3 del artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica. Previo a todo, vean que no dice censura, dice restricciones indirectas (en la jerga se le llama censura indirecta, censura en tanto impedimento, no en términos técnicos de lo que nosotros referenciamos antes como la revisión anterior a la publicación). Este punto dice que no se pueden establecer mecanismos de restricciones indirectas a la libertad de expresión tales como la administración arbitraria de frecuencias radioeléctricas (si el Estado se guarda las frecuencias que tiene que administrar para sí y no las reparte y sólo en algunos lugares hay más de una señal de televisión abierta, por ejemplo, hay una restricción indirecta a la libertad de expresión), la administración de cuotas

* Cuando se predica que algo va en contra de la constitución es inconstitucional. Cuando se predica de la Convención Interamericana de Derechos Humanos se dice que es incompatible.

para papel (el Estado fija eventualmente cuotas para distribuirle a los diarios y, según le convenga, se reparte más cuotas para uno y menos para otros, y eso afecta el soporte para el ejercicio de la libertad de expresión), el establecimiento a restricciones sobre enseres para la comunicación social (volvemos al tema del impuesto a la tenencia de aparatos receptores) y termina diciendo el artículo, o cualquier otro medio destinado a obstaculizar o a impedir la libre circulación de informaciones y opiniones. Hay una cláusula genérica por lo cual no va a ser censura sino que efectivamente afecta a la libertad de expresión de modo indirecto otro tipo de cortapisa, los impuestos altísimos a los libros, umbrales económicos imposibles de acceder para poner un medio, que el pliego salga más caro que el transmisor, lo que había en el artículo 45 viejo que es que solamente sociedades comerciales podían ser licenciatarios. Es este tipo de restricciones de las que habla el artículo 13 en el punto tres u otras, entre las cuales aparece la amenaza de un castigo que no se ha proporcionado.

En el punto cuatro del artículo trece aparece la palabra censura, pero habla de censura de espectáculos públicos destinados a la protección de la infancia (cine, teatro, sólo aptos para menores de una determinada edad), es una revisión para calificación, no está destinado a prohibir contenidos. En la época de la dictadura, la ley de calificación cinematográfica decía: “prohibido para menores de...”, a partir de que esta misma ley se modifica cuando asume Alfonsín en el año 1983, lo que se establece es un mecanismo de calificación diciendo: “sólo apto para...”. Prohibido quiere decir que no entra nadie, aunque vayan acompañados por un mayor. N cambio, si dice “sólo apto para...” importa que hay alguien responsable porque un menor acceda a ciertos contenidos. Hay una reversión del modo de regularlo. Esto implica revisión previa, las películas son calificadas por un ente dentro del Instituto de cine, que es un comité de calificación, estas personas no pueden cortar una película para que se difundan, lo único que pueden hacer es calificarla. El distribuidor de la película, que es el que tiene derecho de ponerla en el cine o en la tele, resuelve qué hace respecto a esa calificación y cortará si quiere algunas partes para cambiarle la calificación, pero de cualquier modo se tiene que difundir, independientemente de la calificación que tenga.

Un compañero de cátedra, en un seminario interno de la misma, planteó se la publicidad es un espectáculo público y si puede ser calificada. Él dice: “algo que se pone en una marquesina o algo que se pone en la tele, donde fuera, ¿es un espectáculo público? ¿Quién lo define como tal?”. Este es un tema bien complejo, de la mano de la revisión de algunas reglas que están viendo ahora con la publicidad del alcohol, que hace poco se reglamentó la ley de esta y la de cigarrillos. En Europa eso no se discute ya que una de las cuestiones que puede haber es ingerencia previa del Estado, por lo que nadie discute que el mismo pueda prohibir cierta publicidad, los patrocinios de marcas de cigarrillos están prohibidos, por eso hay cada vez más carreras de autos de Fórmula Uno en lugares no europeos, porque en esos lugares no está prohibida la publicidad del tabaco.

El inciso quinto del artículo trece es un verdadero lío, porque no es lo mismo el texto en español que el texto en inglés y ambos son originales, no vale uno más que otro. El texto en español dice: “Estará prohibida por la Ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”. La traducción exacta del inglés es: “estará penada por la ley...”. No es lo mismo prohibir que castigar, sobre todo por lo que acabamos de ver en el artículo trece. ¿Cuál es la solución correcta si hay un mensaje de apología al odio nacional, racial o religioso que incite a la violencia? Uno asume que no saldrá una resolución del COMFER en la cual lo prohíban, en ese caso irán a la justicia, como hicieron con el caso del malevo Ferreira y pedirán al juez que ordene que se prohíba. Procedimentalmente, esto está bien. De acuerdo al texto en español, el Estado tendría la facultad, por medio de la justicia, de ordenar que algo no se difunda cuando tiene estas características. Si optamos por la solución del texto en inglés, lo que puede hacer el Estado es aplicar responsabilidades ulteriores y tiene que dejar que ese tipo de contenidos se difundan. A mi modo de ver, lo que quiso hacer la Convención es prohibir, no general una tipología especial de responsabilidad, porque eso ya está puesto arriba. Todo esto afecta al orden público, a la honra y la reputación de los demás, con lo cual no necesitaban poner de vuelta que eso se iba a castigar. El relator de libertad de expresión, en esos momentos era un abogado argentino llamado Eduardo Bentoni, toma la solución contraria diciendo que el principio es el de favorecer la libertad de opiniones e informaciones y que, en realidad, es un caso especial de responsabilidad. Yo creo que es la mejor solución al sistema, porque sino se genera una corriente muy ancha de aquello que podría prohibir, lo que no comparto es que sea eso lo que quiere decir el texto en español. Hasta hoy no ha habido casos vinculados a esto, sí ha habido casos en otros sistemas de derechos humanos (en el Consejo de Derechos Humanos de ONU, en la Comisión Africana de Derecho de los Pueblos).

Una de las grandes dudas de los que trabajan el tema de la libertad de expresión es si no se debería establecer algún mecanismo de prohibición donde no está previsto. Como ejemplo de esto tenemos el caso de Ruanda, donde hubo una guerra interna entre tribus y las radios lanzaban mensajes de odio incentivando e informando dónde estaban las tribus que debían ser masacradas. La duda es si el mensaje concreto de incitación a la violencia racial o nacional debe ser sólo castigado.

El artículo 14 se prevé el derecho de rectificación o respuesta (mal llamado también derecho a réplica) el cual dice que quien resulte afectado por informaciones inexactas o agraviantes tiene derecho a contestar o a rectificar la información por el mismo medio en el cual se difundió la información. Esto que parecería muy sencillo trae muchísimos problemas en la historia legislativa argentina y, además, también es distinto el texto en español que el texto en inglés. El

primero menciona informaciones inexactas o agraviantes, el texto en inglés habla de afirmaciones u opiniones. Con lo cual abre un campo, que ustedes van a ver en los prácticos, respecto a cual es la interpretación de aquello que puede ser objeto a réplica, si sólo la información inexacta, o si también se pueden replicar opiniones. Lo cual abre un universo enorme de mensajes a ser contestados por el mismo medio que se difundió.

En la Convención Universal de Derechos del Niño hay algunos artículos vinculados a los medios, la libertad de expresión y los niños. En uno de ellos, luego de decir que el niño tiene derecho a recibir, difundir e investigar informaciones u opiniones por cualquier medio, establece que este derecho puede estar sujeto a restricciones previas. Con lo cual se parece más a la hipótesis europea que a la americana. Es decir, que se puede establecer restricciones en la libertad de expresión en resguardo del interés superior del niño respecto de las informaciones u opiniones que el niño pueda difundir o recibir. Un ejemplo casi paradigmático es el horario de protección al menor. En Argentina funciona más o menos en términos de difusión de contenidos, pero en otros países donde son más estrictos, por ejemplo, los personajes de los programas infantiles no pueden hacer ningún tipo de publicidad, en función de la vulnerabilidad que tiene el niño como consumidor respecto de las imágenes de su programa. Planteando eso acá se puede decir que se está violando la libertad de expresión y de mercado. Para jugar con temas mucho más relevantes desde el punto de vista jurídico, hay una discusión porque de hecho a los niños no se los puede nombrar cuando son sujeto o víctimas de delitos o de casos judiciales. Se acaba de aprobar una ley en Argentina, la 26.091, que prohíbe este tipo de cosas respecto de los niños. Hay un caso de filiación, que les va a resultar familiar, el de M., D. A. (Maradona, Diego Armando). En ese caso lo que estaba en discusión era si se podía difundir información respecto al niño que estaba siendo el objeto de juicio y su relación con M., D. A. La justicia resuelve que no se puede dar información sobre el juicio, porque está involucrado un menor, el caso va a la cámara de apelaciones, porque hay quienes cuestionan eso cuando se le notifica a los medios que no se puede difundir, y el caso después llega a la corte. Y el caso resulta sumamente interesante (de nueve miembros sale cinco a cuatro) y lo que se dirimía era si primaba la Convención de Derechos del Niño o el artículo trece de la Convención Americana. Entonces, ¿está prohibido o no? Si la Convención Americana dice que se puede publicar cualquier cosa sin censura y la Convención de Derechos del Niño dice que eso no puede hacerse, ¿qué dirime? En ese caso lo que primó es que la víctima de la violación de sus derechos era el niño, entonces hubo cinco miembros que dijeron que lo que prima es el interés superior del niño, que es más víctima que el medio que no puede publicar, porque en ese caso el medio podría ser victimario del niño. Los que optaron por la otra posición dicen: “la Convención Americana de Derechos Humanos establece el sistema en el cual nosotros nos regimos y cuya jurisprudencia debemos cumplir de forma obligatoria y seguir las recomendaciones de la Comisión” y ahí se dice que no hay censura previa nunca.

Hay otro caso en la comisión, que no era un tema de niños, en el cual se resolvió sobre una medida de prohibición de publicación de un libro. El caso se llama Martorel y el libro se llama “Impunidad diplomática”, es el relato del periodismo de investigación de las razones que llevaron al cese en el cargo al ex embajador argentino en Chile, Espinoza Melo. Lo que se relata en el libro es una serie de “fiestas” con la participación de algunas personas no destacadas del establishment político y empresario chileno. El caso comienza con la prohibición del libro, la Corte de Apelación de Chile y la Corte Suprema ratifican la prohibición en voto dividido y, cuando llega el caso a la Comisión Interamericana, esta dice que entre el derecho al honor y el derecho a publicar ni siquiera hay conflictos, siempre se publica, y lo que sigue es ver qué responsabilidades ulteriores caben.

Hay cuatro casos más que habría que ver tres de ellos son europeos, en los cuales se ratifica la prohibición, fijada por los tribunales internos, de libros o de películas. Esto vamos a retomarlo el día 13 de Abril, vamos a trabajar los casos de prohibición del tribunal europeo, entre otras cosas. Uno es un caso de una película sobre las visiones de éxtasis de Teresa de Ávila. Otro es un caso de prohibición de difusión de un juicio de dos miembros del ejército revolucionario irlandés. Y, el otro, es un caso de la prohibición de un libro basado en las entrevistas al médico del ex presidente Mitterrand, que se llama “El gran secreto” y juega entre el secreto de la enfermedad de Mitterrand con el secreto de una hija extramatrimonial del mismo. Este libro se prohibió en primera instancia y se ratificó la prohibición en tribunal europeo en parte de su publicación. Y lo vamos a hacer jugar contra la resolución de la Corte Interamericana de los derechos humanos, cuando dice que es incompatible con la Convención la prohibición de la película “La última tentación de Cristo”.

Hasta la próxima clase.