

Derecho a la información

Cátedra: Damián Loreti

Teórico: 9

Fecha: 18/05/2009

Hoy vamos a comenzar a tratar los supuestos de responsabilidad, que es qué consecuencias trae el ejercicio abusivo de la libertad de expresión.

Habíamos trabajado con el artículo 13.2 de la Convención Americana que habla del principio de legalidad, principio de fin legítimo y principio de necesidad.

Este artículo, al cual están sujetos todos los países del continente exceptuando a Canadá, plantea que no hay censura previa sino, responsabilidades ulteriores (a diferencia del convenio europeo que sí permite injerencias por parte del Estado). Para cumplir las condiciones de aplicación de responsabilidades ulteriores es necesario cumplir con tres previsiones:

- Principio de legalidad previa, es decir que una ley formal del Congreso redactada de modo preciso estableciendo cuáles son las conductas prohibidas y cuáles son las consecuencias legales de modo explícito.
- Fin legítimo, es decir que las responsabilidades solamente deben estar dispuestas para proteger algunos fines que son los que prevé la Convención cuando, en el artículo 13.2, dice que las responsabilidades ulteriores deberán estar fijadas previamente por ley y ser necesarias para asegurar los bienes jurídicos que son los que están en esa lista.
- Principio de necesidad, es aquel que plantea que la responsabilidad que se vaya a aplicar debe ser estrictamente proporcional al daño causado, debe ser la menor restricción admisible a la libertad de expresión que permita proteger al fin legítimo y no generar efectos inhibitorios.

Estas son las condiciones que debe cumplir cualquier dispositivo legal destinado a definir cuales son las consecuencias del ejercicio ilegal (irregular, abusivo) de la libertad de expresión.

Hay principios distintos en función de distintas tipologías de responsabilidad. ¿Qué tipos de responsabilidad existen en términos legales? (sin tener en cuenta las éticas).

Alumno: Penales, civiles, laborales.

Profesor: Efectivamente hay responsabilidades laborales en el ejercicio de la actividad de informar, que es el caso del incumplimiento de ciertas normas profesionales por las que se puede causar un despido, pero son las menos claras.

Alumno: ¿Comerciales se incluye dentro de civiles?

Profesor: No, no están dentro de civiles, pero estoy tratando de orientarlos hacia el lado de la entrega de la información. Hay ejemplos de responsabilidades comerciales por el ejercicio de la libertad de expresión, por ejemplo en temas de publicidad del producto. También hay responsabilidades de tipo administrativas que requieren una autorización o licencia previa del Estado para el ejercicio de la actividad, como es el caso de un licenciario que viola la ley de radiodifusión y puede ser multado o perder la licencia. Son distintas las civiles y las penales porque la autoridad de aplicación es el Estado en base a esa ley específica. Hay dos tipos más de responsabilidades.

Un tipo, sugerido por un compañero de ustedes, son las responsabilidades contravencionales, que se refieren a los espectáculos públicos supervisados por la Ciudad. Por ejemplo, la exhibición de revistas con contenido no apto para menores sin los sobres, las calificaciones de los espectáculos públicos respecto al ingreso de menores (no sólo en cines, sino también en teatro de revistas, por ejemplo y otros). Esta es una responsabilidad de tipo contravencional porque lo que se viola es una ley de la Ciudad que marca contravenciones, que los niños no ingresen a determinados lugares. Hay otro tipo de responsabilidad que es el derecho de rectificación o respuesta.

¿Qué se busca con las responsabilidades penales?

Alumno: el castigo al infractor.

Profesor: Lo que se busca con las responsabilidades penales es un castigo. En la gran mayoría de los casos, las previsiones penales, lo que ponen en juego con las penas o castigos es la libertad física del infractor. Esto importa que en la discusión de las responsabilidades penales respecto del ejercicio de la libertad de expresión se cuestione, muy duramente por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, si la previsión de la sanción penal respeta al artículo 13 en ciertas cuestiones, como la de la ofensa a los funcionarios públicos o la ofensa al honor de las personas. En el año 1994, la Comisión Interamericana realizó un informe (que se encuentra en el capítulo quinto) en el cual pone en crisis la compatibilidad del delito de desacato con la Convención Americana de Derechos Humanos, en orden a cuestionar que los funcionarios públicos que fueran objeto de ofensa en cuanto a sus funciones no debían tener un grado mayor de protección que el resto de la ciudadanía, sino que debían tener un grado menor de

protección por diversas cuestiones, la voluntad de entrometerse en cuestiones de interés público y la mayor posibilidad que tiene un funcionario público de acceder a un medio para responder. Entonces lo que intenta hacer la Comisión Interamericana -de allí en adelante- es el reemplazo de las responsabilidades penales por, por ejemplo, la figura de rectificación. Han logrado muy poco en esto último, pero han logrado bastante en la derogación de las previsiones penales.

Otra cosa que dice la Comisión Interamericana en ese año es que las sanciones penales, respecto de funcionarios públicos y, en el año 2000, lo dice frente a las cuestiones de interés público aunque no se trate de funcionarios, es que en esos casos no son necesarias. Es decir que tienen una magnitud tal que indefectiblemente genera efectos inhibitorios sobre la libertad de expresión, por el sólo hecho de la amenaza de la pérdida de la libertad física por el uso abusivo del ejercicio de la libertad de expresión en cuestiones de interés público.

¿Qué se busca con las responsabilidades civiles?

Alumno 1: Dinero para indemnizar el daño que sufrió una persona.

Alumno 2: Para ejemplificar.

Alumno 3: Como compensación.

Profesor: Tenemos dos posiciones, una que es por efecto ejemplificativo, con lo cual lo que hay es una sanción; y como una compensación. Efectivamente existen los dos tipos de indemnización en las previsiones jurídicas y estas se llaman: daño compensatorio, y daño sancionatorio o punitivo. De acuerdo a los principios manejados hasta el momento un daño sancionatorio excede de la proporcionalidad de los daños efectivamente ocurridos, por lo cual algo que exceda de la compensación necesaria no cumple con el principio de necesidad. Los daños sancionatorios están destinados a castigar con la indemnización al infractor, no tanto para compensar lo ocurrido, sino para castigarlo. Los daños compensatorios son aquellos que están destinados a retribuir o a reponer el daño efectivamente causado en la proporción estricta. Ambos daños existen en el derecho, pero están destinados a diferentes cosas. Por ejemplo, si una persona sufre un choque y no sale lastimado, los daños causados compensatorios serían aquellos que están destinados a recomponer el auto en la magnitud del daño. Pero si el responsable del choque tenía una negligencia como pasar un semáforo en rojo o el auto no estaba en condiciones para circular y se establece una indemnización basada en la imprudencia para castigarla, esos serían daños punitivos.

Respecto a la libertad de expresión, los daños punitivos (al menos en nuestro sistema) excederían del principio de necesidad. Entonces, así como se dice que la responsabilidad penal afecta la libertad de expresión porque se viola el principio de necesidad, los daños punitivos también son cuestionados porque exceden de la proporción exacta. Por ejemplo, la corte europea tiene dicho que una indemnización que supera un importe equivalente a seis salarios del periodista llevado a juicio excede del principio de necesidad porque lo están sancionado de modo tal de generarle una instancia inhibitoria a él y al conjunto de la sociedad porque no hay modo de que pague dicha indemnización.

La responsabilidad administrativa, como se había mencionado, está destinada a revisar las conductas de entidades que tienen una licencia otorgada por el Estado para operar un medio en determinadas condiciones, si no cumplen con esas condiciones de funcionamiento lo que hay es una actuación administrativa que aplica una consecuencia determinada. Por ejemplo, el resto del horario de protección al menor o el exceso del límite de publicidad por hora establecido.

¿Para qué sirve la rectificación?

Alumno 1: Sirve para subsanar el daño causado por la misma vía por la cual se produjo el mismo.

Alumno 2: Si lo que se hizo fue difamar a alguien, esa persona tiene la posibilidad de corregir lo que se dijo.

Profesor: De eso se trata, y ¿quién resulta beneficiado en la sanción compensatoria civil?

Alumno: se beneficia la víctima del abuso de la libertad de expresión.

¿Quién resulta beneficiado con el ejercicio del derecho a rectificación?

Alumno: se beneficia la víctima y la sociedad que conoce otra versión.

Profesor: Entonces se beneficia el afectado por la información inexacta y la sociedad que conoce otra versión. Anteriormente planteamos que el derecho a rectificación está fuera de las responsabilidades civiles porque el que resultaría beneficiado excede del que recibe la compensación económica. Hay una responsabilidad distinta. Más aún, yendo muy puntillosamente al texto de la Convención Interamericana, cuando se habla del derecho a rectificación dice que se hace sin perjuicio de otras responsabilidades.

Hay una pregunta con múltiples respuestas que tiene que ver con posicionamientos doctrinarios y corrientes de pensamiento sobre la existencia de los fines legítimos como

límites al ejercicio de la libertad de expresión, es decir, el orden público o la seguridad nacional, la salud pública, el honor de los otros o la privacidad de las personas.

Hay quienes los entienden como un límite a la libertad de expresión, como una instancia hasta donde uno puede ejercer sus derechos y que si se pasa sobre la misma, donde comienza el derecho del otro, se está cometiendo una infracción. Hay quienes piensan que es de esa forma (posición mayoritaria). Es la posición de admisión de límites a la libertad de expresión, como límites extrínsecos, es decir, límites que están fuera del derecho que es contra aquello que choca el ejercicio de la libertad de expresión.*

Hay otros que pensamos que no hay tal cosa como límites, sino que hay bienes jurídicos a proteger y que la protección de esos bienes jurídicos no depende tanto de la indemnidad de esos mismos, sino de la existencia de buena fe o mala fe en el ejercicio del derecho a la información.

Por ejemplo, por lo que planteábamos recién, hay oportunidades en las cuales se puede afectar el honor de los funcionarios públicos o de las personas de reconocimiento público, pero el requisito de la imposición de responsabilidad está apoyado sobre la existencia de la mala fe. Esa es la base fundamental, por ejemplo, de la doctrina de la real malicia, que para que haya un derecho, para que alguien cobre una indemnización o se lo condene, el requisito es que haya mala fe, si no hay mala fe se puede pasar por arriba del honor de determinadas personas y esto no trae consecuencias. Si hay buena fe por una demostración del derecho a informar o de a divulgación de cuestiones vinculadas a la seguridad nacional, por ejemplo develar que hubo un acto de corrupción vinculado a una hipotética defensa de la seguridad nacional, lo que entra en juego es el principio de buena fe o de respeto a los derechos de información del “sujeto universal”, de no darse esa hipótesis, si se demuestra que es meramente una especulación comercial o lo que fuera, lo que juega es la existencia de la mala fe, no el límite “lineal” del bien jurídico procesal.

Veamos ahora los principios generales de la responsabilidad penal para que podamos entender la estructura del armado de las previsiones penales.

Una de las cuestiones más importantes a dirimir es que existen dos modos de atención a la responsabilidad. Uno de ellos es absolutamente típico, único y excluyente a la responsabilidad penal, que es la que se llama responsabilidad subjetiva (se aplica a la responsabilidad penal y a la civil).

* Hay quienes consideran también que hay límites internos que tienen que ver con principios éticos: la buena fe, la búsqueda de la veracidad.

Hay otro tipo de responsabilidad aplicable solo a la responsabilidad civil, que es la responsabilidad objetiva.

La responsabilidad subjetiva es aquella que surge de una acción humana, un acto realizado con discernimiento, intención y voluntad, eso es lo que se llama técnicamente una acción. Entonces, no hay responsabilidad penal sin una acción. La responsabilidad objetiva es aquella que surge de un daño causado por una cosa, aunque no haya ninguna acción y va a responder por ella aquel que sea el titular del derecho sobre esa cosa.

Por ejemplo, si un colectivo choca a un auto o persona, tiene responsabilidad penal el que manejaba si causó daños a las personas o a las cosas, y va a haber responsabilidad civil por parte de la empresa dueña del colectivo, por el solo hecho de la titularidad legal de esa cosa. Otro caso es, por ejemplo, si uno le presta el auto a alguien y esa persona comete un accidente, la responsabilidad penal por los daños la lleva el que maneja y la responsabilidad civil la encabeza el que maneja y el dueño del auto. Es por eso que se firma el formulario de responsabilidad civil cuando se realiza la operación de compra-venta de un auto.

Entonces tenemos un mecanismo de asignación de responsabilidad subjetiva basado en acciones realizadas con discernimiento, intención y voluntad; y otra, llamada responsabilidad civil, una responsabilidad objetiva, por la cual uno debe hacerse cargo de las consecuencias legales causadas por una cosa o por un dependiente, las empresas de colectivo se hacen responsable por lo que hacen sus choferes y las empresas periodísticas deberían hacerse responsables por lo que hacen sus trabajadores en el ejercicio de la libertad de expresión.

Las responsabilidades penales tienen una particularidad que es que no admiten analogías. La definición de aquello que está prohibido debe estar estrictamente definida, no puede generar dudas, menos cuando está recién instaurado el principio de legalidad, porque debe cumplir con el principio de elasticidad. Aquello que no está específicamente definido no es delito.

Entonces tenemos que el código penal requiere una acción (acto humano ejercido con discernimiento, intención y voluntad), el acto reflejo o lo que hace un inimputable (que no es delito porque no hay acción), lo que hace un inimputable (alguien que perdió la razón) más allá de que tenga que hacerse cargo de los daños no es técnicamente una acción porque no hay discernimiento, intención, ni voluntad. Entonces, esa acción tiene que caber dentro de un molde, el cual es la definición de lo que está prohibido, un molde de tipo penal. Esa acción típica además debe poseer dos elementos más, uno es

que sea antijurídica, esto significa que la acción típica no está permitida por ninguna legislación. Por ejemplo, si una persona ingresa a una casa forcejeando la cerradura y se lleva un televisor puede tratarse de dos cosas, de un ladrón o de un oficial de justicia que embarga el televisor por falta de pago con una orden de un juez. El acto es el mismo, es apoderarse de una cosa total o parcialmente ajena, pero en un caso es antijurídico y en el otro no, porque hay una orden de juez que lo permite. Hay otro ejemplo, de un caso ocurrido que es la ley de obediencia de vida. El principio de esta ley es que alguien que cometió una acción típica, como ser el quitarle la vida a otra persona, de acuerdo al rango que tenía en el escalafón de las fuerzas armadas o de seguridad la ley presumía que lo hacía cumpliendo órdenes, salvo que fueran órdenes aberrantes o vinculadas a niños, el secuestro de niños no formaba parte de la ley de obediencia de vida. Entonces la ley planteaba que esa acción no es ilegal porque la ley de obediencia de vida, de modo genérico, decía que si no se era jefe de zona o superior, lo que se había hecho era cumplir una orden regular de un superior y que por tal razón había delito. Lo que también reclama la legislación es que sea culpable a sabiendas de que eso está prohibido. Un ejemplo de esto es si alguien realiza una consulta a un abogado respecto a una cuestión y es mal aconsejado, esta persona tiene derecho a decir ante la justicia que fue mal informado. Cuando ocurre lo que llamamos error de prohibición, no hay culpabilidad ni responsabilidad penal. La culpa recae sobre la persona que asesoró a la otra. Entonces, teniendo estas definiciones de acciones típicas jurídicas y culpables, lo que hace el código penal es una expresión discontinua de ilicitudes. Homicidios, balances falsos, daños materiales, delitos contra la vida, contra la administración pública, cada definición es un delito distinto. Si hay algo que se parezca al delito pero no es, no cabe dentro de ese molde y no es delito. En el caso del derecho civil, sí cabe la interpretación por analogía.

De ahora en adelante vamos a ir tratando algunos delitos que tienen que ver con la libertad de expresión. Vamos a hacer énfasis fundamentalmente en delitos contra el honor y los temas de responsabilidad penal y los requisitos vamos a trabajarlos con los principios del sistema interamericano de derechos humanos.

Hay una previsión en el código penal que se refiere a delitos contra el honor, que son los de calumnias e injurias. La figura de injurias en el código penal está prevista en el artículo 110, el cual establece que tiene una pena de un mes a un año o multa aquel que deshonra o desacredita a otro. Lo cual genera una discusión de cuál es la diferencia

entre deshonrar y desacreditar y, en libros y en algunos fallos de jurisprudencia van a encontrar el honor objetivo y el honor subjetivo.

La desacreditación o difamación es aquella acción por la cual se afecta a la reputación de una persona frente a terceros y no hace falta con que se dañe el honor de esa persona, sino que basta con intentar dañarlo. Por ejemplo, hubo un caso de un escritor que hizo un libro sobre el santiagazo y el secretario de información pública de Santiago del Estero le hizo juicio por la publicación, y el juez mencionó que era impensable que alguien, con la mala reputación que tenía esta persona en la provincia pudiera reclamar daños al honor. Pero es muy ocasional, lo que se dice es que hay que poner en juego el honor de una persona con la vocación, con el ánimo de dañar, es lo que ustedes van a encontrar como *animus injuriando*, lo que también pueden encontrar es el *dolo*, que es la voluntad de dañar o de cometer el delito. Los delitos contra el honor son aquellos que requieren de este ánimo de dañar, la mala fe, la intención.

¿Cuál es la diferencia entre desacreditar, difamar y deshonrar (lo que algunos hablan de daño del honor de sí mismo, de la estima que uno tiene de uno mismo)? Uno puede preguntarse cómo puede ser que alguien reclame por el honor dañado a sí mismo sin que se entere un tercero porque sino habría difamación. Por ejemplo, si alguien manda una carta a otro y esa persona se siente dañada en su honor por el contenido de esa carta. Es posible que esto ocurra y, de hecho, hay jurisprudencias que así lo aclaran. Por ejemplo, alguien que reclamó el derecho de autor por haber participado en un libro y el presidente de la empresa editorial le contestó que su único mérito era ser novio de la hija del autor del libro y que por eso lo pusieron como colaborador y, por tal motivo, no iban a pagarle. El hombre se presentó en tribunales, demostró su participación en los borradores de un capítulo de ese libro por el cual reclamaba la liquidación de los derechos de autor y la otra persona tuvo que retractarse y pagarle. De esto no se había enterado ningún tercero. Esto es injurias y está en el artículo 110 del código penal.

Otra figura que castiga los daños al honor es la de las calumnias (esto está en el artículo 109 del código penal). La calumnia es “la falsa imputación de un delito de acción pública”. Esto quiere decir atribuir a otro algo. En este caso se atribuye la realización de un determinado tipo de delito, que son los delitos de acción pública, es decir, aquellos que son perseguidos de oficio por el Estado.* Las calumnias requieren la atribución de

* Hay tres tipos de delito para el código penal: los de acción pública, que persigue de oficio el Estado, es decir, no hace falta que alguien realice una denuncia; los delitos de acción privada, como los delitos contra el honor, en los cuales hace falta que el afectado inicie una querrela

un delito concreto y circunstanciado sabiendo que la atribución no es cierta. Falso en este caso no se opone a verdadero, sino que implica el conocimiento de la inexactitud. Esta cuestión de concreto y circunstanciado no está en la definición del código. La indefinición del concepto de calumnias y la vaguedad de la definición de las injurias fue cuestionada por la corte interamericana de derechos humanos en el caso Kimel y, hoy por hoy, estos dos artículos mencionados han sido declarados incompatibles con la Convención Americana y, por consiguiente, serían incompatibles el resto de los artículos del código penal de delitos contra el honor que se apoyan en estos dos: el artículo 112, que hace referencia a las calumnias e injurias equívocas o encubiertas, es decir, cuando no se menciona al afectado sino que se sugiere quien es o el hecho que se le imputa; el artículo 113 del código penal que condena a quien reproduce o publica injurias y calumnias de otro (esto vamos a verlo cuando veamos la responsabilidad de los editores); y las última reformas que tiene que ver con la incorporación a sabiendas de datos inexactos en bancos de datos para afectar la honra de las personas (esto tiene una sanción específica en el código penal a partir de la sanción de la ley de Habeas Data). La condena por calumnias es de un mínimo de uno a un máximo de tres años.

¿Cuándo algo no es calumnia es necesariamente injuria? Algunos piensan que si y hay otros que sostenemos que no, que son dos delitos diferentes.

Esto va a comprenderse bien cuando veamos el caso Kimel (escritor de “La masacre de San Patricio”), quien fue condenado en primera instancia por injurias, es absuelto en la cámara, el caso va a la corte donde se declara la nulidad del fallo de cámara y, luego, es condenado por calumnias.

¿Qué otros delitos tienen que ver con la libertad de expresión en el código penal? Existía el delito de desacato (art. 244 derogado) que preveía una sanción de hasta un año de prisión a aquel que de cualquier modo ofendiera o retara a duelo a un funcionario público con motivo o en ocasión de sus funciones, es decir que lo que se cuestiona es el ejercicio de la tarea, no es un agravio personal.

Este es el tipo de delito que la Comisión Interamericana en el año 1994 declara incompatible con la Comisión, porque se está privilegiando la figura de un funcionario por sobre los derechos de un ciudadano, es un delito contra el Estado.

hasta finalizarla; y hay otro tipo de delitos que son los de instancia privada, que requieren que el afectado realicen una denuncia y el resto de la causa continua sin la intervención del afectado, son aquellos delitos se una tipología especial en que la ley presume la necesidad de que el afectado impulse la investigación. Un ejemplo es la violación, en el cual la ley no dirime por sí misma la voluntad de la mujer abusada de hacer o no la denuncia. La justicia no puede investigar sin esa denuncia.

Otro delito que tiene que ver con la libertad de expresión es el de exhibiciones obscenas y pornografía, previsto también en el código penal; había en un momento, pero nunca se utilizó, la publicación de noticias destinadas a generar movimientos de bolsa, la publicación de balances falsos; el delito a la apología al crimen (que lo habrán visto en los prácticos con el caso Verbitsky), como el de instigación pública a cometer delitos. A esto se agregan, como autónomo en algunos casos y como accesorio en otros, las condiciones previstas en la ley antidiscriminatoria, que lo que hace a veces es aumentar la pena de otro delito cuando la realización de ese otro delito está basada en situaciones de discriminación. Por ejemplo, la ofensa a una persona por determinada condición que está incorporada a la sanción de la ley antidiscriminatoria tiene una pena mayor, y en otros casos lo que se prevé es una acción específica vinculada a la discriminación.

Lo que no hay es una figura vinculada al negacionismo, es decir, la previsión legal del castigo penal al que niegue el holocausto y los delitos de lesa humanidad. Este es un tema muy complejo. Lo menciono a propósito del estado público que tomó una iniciativa del INADI en este sentido.

La próxima clase comenzaremos con la doctrina de la real malicia, caso Kimel en los tribunales argentinos y el caso en la Corte Interamericana.

Si pueden, ingresen al sitio Web de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (www.cidh.org) ya que salió el informe correspondiente al año 2008 de la relatoría de la libertad de expresión y vean las consideraciones sobre despenalización de los delitos contra el honor.

Con esto finalizamos por hoy. Hasta la próxima clase.