

Derecho a la información

Cátedra: Damián Loreti

Teórico: 3

Fecha: 29/03/2009

Hoy empezaremos a ver el artículo 13 de la convención americana que es el pilar fundamental de los principios de libertad de expresión sobre los cuales trabajaremos.

Ustedes vieron que en la Constitución Argentina se incorporó a partir del año '94 una cláusula en el artículo 75, inciso 22, una lista de tratados internacionales de derechos humanos que se le da jerarquía constitucional, esto significa que vale en teoría lo mismo que la Constitución, esta última aclaración la hice porque hay fallos del máximo tribunal que está planteado en la convención americana –es la corte interamericana de Derechos Humanos- los cuales se obligó a un país (como es el caso de Chile) a cambiar su constitución como objetivo de la condena; este país tiene un caso vinculado de censura cinematográfica que estaba prevista explícitamente en la constitución de Chile como una posibilidad a realizar por parte del Estado chileno y el caso termina, no cuando sale la sentencia contra Chile, sino cuando deposita el nuevo texto de su Constitución modificado de acuerdo a lo que dijo la Comisión Interamericana.

Conclusión, no sólo juega por arriba de los Estados Nacionales la corte Interamericana de los Derechos Humanos, sino que la convención está por sobre la Constitución.

Les doy otro ejemplo: en las leyes de Obediencia debida y Punto Final, en el año '91 cuando la corte tenía nueve miembros resolvió que estas leyes no eran inconstitucionales. Uno de los que votó era Enrique Petracchi.

Años después hubo un caso en la corte Interamericana contra Perú llamado “Barrios Altos”, trata de un caso de cuestionamiento a la compatibilidad, al grado de adecuación de la ley de Auto amnistía de Perú con respecto a la convención americana de los Derechos Humanos. En este caso la corte dijo que esa ley violaba la Convención americana.

Cuando se vuelve a tratar el tema antes de la nulidad judicial declarada por el parlamento y el caso llegó a la corte, Petracchi dice que estas leyes si eran antes respetuosas de la Constitución Nacional Argentina; pero después de que la corte Interamericana resuelve el caso “Barrios Altos”, Petracchi expresa que tiene que cambiar su posición porque si la Convención americana está por sobre la Constitución Argentina y está en contra de la convención, no puede estar, sino en contra de la propia Constitución Argentina que la contiene.

Nosotros nos vamos a manejar sobre todo con una referencia a lo largo del curso que es de que modo las distintas cosas que vayamos viendo son compatibles con la Convención americana de los derechos Humanos o no lo son.

Si una ley o decreto va en contra de la Constitución se dice que es inconstitucional, pero si es en contra de la convención es incompatible.

Hay una serie de artículos en los tratados internacionales a partir de 1948 en adelante donde aparece la figura de lo que nosotros llamamos el derecho a la información. Digo nosotros, porque para los americanos o los ingleses el derecho a la información es el mero derecho al acceso de la información pública y lo que nosotros llamamos derecho a la información algunos de ellos lo llaman acceso a la comunicación con algún agregado más.

El derecho a la información es el derecho a recibir, difundir, investigar informaciones y opiniones por cualquier medio, según decía el tratado de 1948 en el artículo 19 de la Convención Universal de los Derechos Humanos y sin limitación de fronteras. Este tema lo vimos en la primera clase cuando definimos los mensajes de hechos, los de opinión y los de ideas.

Existen otros tratados internacionales, algunos de nivel mundial otros regionales; el siguiente cronológicamente es el tratado de **Roma** (Convención Europea de los Derechos Humanos), lo fundamental de él es el artículo 10 que comienza igual: “Toda persona tiene derecho a recibir, difundir e investigar en formaciones y opiniones por cualquier medio”. Agrega: “El ejercicio de este derecho entraña deberes y responsabilidades. Es un derecho que está sujeto a injerencias del Estado para preservar diferentes bienes jurídicos: la honra y la reputación de las

personas, la seguridad nacional, el orden público, la moral pública, la salud pública y la autoridad de independencia de la justicia”.

La injerencia significa que el Estado puede tomar medida que protegen estos bienes jurídicos, para aplicarlas cuando se haya ejercido el derecho a la libertad de expresión o anteriormente. En nuestro caso sería censura o prohibición.

Nosotros vamos a ver muy poco el tratado europeo, lo comentaremos cuando veamos más profundamente el concepto de censura.

Hay otro tratado que lo van a ver como protocolo facultativo de derechos civiles y políticos, que el artículo 19 es muy similar al 10 que comentamos anteriormente:

“Toda persona tiene derecho a recibir, difundir e investigar en formaciones y opiniones por cualquier medio”. En el artículo 19 se plantea que este derecho puede estar sujeto a restricciones que sean necesarias para asegurar una serie de cosas que se intentan asegurar como el orden público, la moral pública, etc. limitaciones En otro -20 - se establecen cierto tipo de prohibiciones como por ejemplo: la apología y propaganda de la guerra, o la incitación a la violencia con motivos de odio nacional o religioso .

En el caso del artículo 13 de la Convención Americana habla del mismo tema porque dice: “Toda persona tiene derecho a recibir, difundir e investigar en formaciones y opiniones por cualquier medio a su elección ya sea artística, literario sin limitación de fronteras”.

En el 13.2 dice: Que este derecho no estará sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores, con lo cual excluye la posibilidad de censura, o cualquier instancia de prohibición previa total o parcial.

En el 13.5 dice que estará prohibida toda apología del odio nacional y racial o religioso que incita a la violencia por esas razones.

Hay un problema porque el 13.2 dice que estará prohibida la censura y el 13.5 dice que estará prohibido un conjunto de mensajes. Estaría el mensaje de instigación a la violencia por razones raciales y religiosas.

Por otro lado, el texto en inglés es distinto al que está en español, no se sabe porque; por lo tanto, en inglés dice: Estará penalizado por la ley, en lugar de decir estará prohibido. Entonces, los significados son diferentes, ya que prohibido y

penalizado son dos palabras que no dicen lo mismo y tienen por ello implicancias distintas en términos jurídicos.

Esto marca 3 partes a considerar:

Desde el punto de vista jurídico: en una relación jurídica basada en un acto de información, en un acto de comunicación, hay alguien que da información a otro que la recibe de determinadas condiciones en las cuales se produce ese mensaje o esa información.

Por lo tanto, tenemos sujetos, un mensaje y un conjunto de medios o soportes. Todos dicen que todas las personas tendrán derecho a recibir, difundir e investigar; todos dicen por el medio de su elección –excepto el caso de Europa, que dice que las empresas de cine o radiodifusión tienen que pedir permiso-, y todas plantean, aparentemente, que hay cosas por las que se aplican responsabilidades

Pero no está claro si hay cosas que se prohíben.

Entonces, se encuentran dos principios de universalidad y uno discutible porque puede ser de universalidad o de generalidad (este último significa que admite excepciones, en cambio el primero no admite ninguna excepción).

¿Cuál es el par donde se aplica principio de universalidad?

Alumno 1: Medios, soportes y mensajes.

Alumno 2: Sujetos y mensajes.

Alumno 3: Soportes y mensajes

Vayamos a considerar primero la cuestión de los sujetos:

En término de personas, cuales hoy no tienen los mismos derechos reconocidos que otras personas.?

Alumno 1: Los presos porque no pueden transitar libremente

Alumno 2: Están limitados de la administración de sus bienes

Alumno 3: Limitado al derecho a reunión.

Alumno 4: El derecho a la información

Profesor: En el caso de la incapacidad de la acción a movilizarse, la resolución dice que está privado de su libertad; en el caso de la administración de sus bienes Toda persona condenada a prisión efectiva -a ley misma dice- está inhibido del ejercicio de su titularidad de derechos vinculados a por ejemplo algún comercio, porque él no puede administrarlo, tiene que poner un apoderado; pero en ninguna resolución dice que el preso no puede leer el diario. Por lo tanto, insisto que hay que diferenciar las limitaciones de hecho de las de derecho, porque sino no puedo movilizar las barreras de hecho porque tendría que hacer una resolución jurídica, porque es distinto que no se cumpla a que no exista.

¿Alguien conoce algún tipo de resolución jurídica en la cual se limite a alguien su relación con los medios de comunicación o algún caso en el cual un preso tenga acceso a los medios de comunicación?

Alumno 1: El barrabrava de Boca que hablaba con la prensa desde la cárcel.

Alumno 2: Otro caso parecido era cuando Patti estaba en la cárcel y hablaba con los medios.

Profesor: Bien, Patti tenía relación con el periodismo cuando estaba preso.

Hubo un programa llamado “Código penal” que conducía Rolando Graña el objeto del programa eran entrevistas a los presos.

En ningún caso se plantea que los detenidos no pueden tener relación con la prensa, de hecho en algunos sitios como en La Plata, en Marcos Paz hay una extensión de la facultad de periodismo y en el penal hay un centro universitario, por lo tanto los profesores que enseñan en la universidad de La Plata también van al penal y les enseñan a los presos a realizar una revista, por lo tanto, tienen su propio medio que deja a discusión si se puede hacer o no dentro de las cárceles; pero igualmente no hay ninguna restricción previa, sino más operativa y hay dos resoluciones judiciales.

Un ejemplo fue el caso en San Juan llamado el caso Balmaceda. Era una persona que estaba detenida por el homicidio de su esposa y Balmaceda quiso hacer una conferencia de prensa; el fiscal aceptó, pero el juez se negó por razones de seguridad y de organización en el penal, por lo tanto se limitaba a que pudiera

hablar con los periodistas. En esa sentencia se les dijo que no había condiciones materiales en el penal para hacer una conferencia abierta; porque hay ciertas restricciones que tienen que ver con lo material y una disputa en el derecho, se pueden poner complicaciones removibles basadas en un reconocimiento jurídico.

Otro caso de personas que no tienen los mismo derechos son los dementes declarados en juicios que están privados eventualmente de su libertad y privados de la administración de sus bienes, porque ningún juez autorizaría a una persona que no se encuentra en su sano juicio administre sus propiedades. Depende el caso, si es peligroso, que se encuentre internado. Su relación con los medios de comunicación, al no haber limitaciones jurídicas al derecho a la información que hay un mecanismo de tratamiento de los medios de comunicación terapéuticamente hablando como la radio del Borda “La Colifata” está reconocida como medio terapéutico hasta por los jueces que tienen a su cargo a las personas internadas, por lo cual no hay ninguna excepción al reconocimiento jurídico al derecho a la información.

Otro caso son los niños porque tiene para su propia protección ciertas limitaciones en el reconocimiento a sus derechos, por ejemplo: entrar y salir del país sin autorización de sus padres, no pueden casarse, no pueden trabajar hasta determinada edad y sino con determinadas características como en el caso de los niños que están contratados en un programa de televisión. En el caso de derecho a la información hay una paradoja, porque la Convención Universal de los Derechos del Niño sí admiten restricciones, pero la Convención Americana no reconocen ninguna y siempre se debe optar a la mayor protección del derecho del quien reclama. En el caso de la diferencia entre dos convenciones de derechos humanos debe optarse por aquella que es más generosa en el reconocimiento de los derechos; razón por la cual se estima que si hay una coalición de derecho del niño, del de un adulto vinculados al derecho a la información hay que mirar quien es la víctima, si el censurado o el niño.

Si uno indaga encuentra excepciones, por ejemplo los inmigrantes no tienen los mismo derechos en materia de expresión que tienen las otras personas; hay una discusión legal, porque un colombiano puede ser candidato a gobernador, pero no puede tener una FM o porque un paraguayo puede ejercer diversa cantidad de actividades; pero no puede tener una radio comunitaria en un lugar donde la comunidad paraguaya es mayoritaria en el conurbano. Estos debates no están zanjados y serían la única excepción discutible al principio de universalidad.

Soportes o medios

¿Se puede predicar de ellos el principio de universalidad?

Cuando hablamos de derecho a la información asumimos que hay universalidad de soportes, que este derecho a la expresión por cualquier medio involucra todos los medios o hay algún medio que no se considere protegido.

Alumno 1: Internet no se encuentra protegido porque no hay ningún control ni restricciones a lo que hay allí.

Profesor: En ese caso estas hablando de los contenidos, no del soporte.

En los casos de las declaraciones de los derechos humanos, ninguna de ellas menciona, salvo para otra cosa, los tipos de medios tales como cine, papel para periódico en la Convención Americana o en el caso de la europea que dice que en radio y televisión hay que pedir autorización previa; pero nada hace suponer que los contenidos que vayan por un medio tendrían menos protección que los que van por otro medio, tienen el mismo nivel de protección todos; en algunos casos - que los veremos con la ley de radiodifusión- hay cierta vocación o cierto principio universal de que los estados tienen mayor facultad para regular radiodifusión que para regular otras cosas por varias cuestiones, una de ellas tiene que ver con la escasez de las frecuencias y el hecho de usar algo que usan algunos y no otros que significaría que los Estados tendrían mayor facultad para regular ciertas cuestiones.

Dos principios de universalidad: sujetos y medios

Artículo 19 y 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Art.19: Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. Toda persona tiene derecho a su libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o en forma artística o por cualquier otro procedimiento de su elección. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de ese artículo entraña deberes y responsabilidades especiales, por consiguiente puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos y a la reputación de los demás; la protección de la seguridad nacional y el orden público y la salud y la moral pública.

Art. 20: Toda propaganda en acción a favor de la guerra estará prohibida por la ley, toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.

Acá encontramos diferencias, porque en el 19 se hablaba de restricciones con ciertos fines y acá se está hablando de prohibiciones de cierto tipo de expresiones vinculadas a la apología de la violencia con motivos raciales, nacionales o religiosos. No es cualquier apología ni cualquier incitación, cuando se dan ciertos crímenes con esos fundamentos. Acá se encuentra a dirimir que diferencia hay entre restricciones y limitaciones.

¿Es concebible algún límite la libertad de expresión? ¿Es lo mismo un límite que una restricción? ¿Qué efectos tienen las restricciones?

No todas las convenciones de derechos humanos dicen lo mismo y hay que ver que se hace cuando hay diferencias.

Artículo 13.2 y 13-5 de la Convención Americana

Art.13.2: El ejercicio del derecho previsto referente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades interiores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar. El respeto a los derechos y la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública.

En el artículo 19 se habla de las restricciones, en el 20 de los que está prohibido y el 13-2 dice que no hay censura previa, sino responsabilidades interiores, nombra los mismo bienes que hay que proteger en el artículo 19, pero no dice que son restricciones, dice que son responsabilidades interiores.

Art. 13-5: Estará prohibida por la ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal contra cualquier persona o grupo de personas por ningún motivo inclusive de razas, color, religión, idioma u origen nacional.

La corte interamericana menciona alternativa e indistintamente conceptos de restricciones y limitaciones sin aclarar dónde fincan cada uno de las fuentes de esos conceptos.

Por tanto, es relevante definir qué está prohibido, qué acepta ciertas restricciones y que se llama discurso absolutamente **protegido** y si existe un discurso no protegido. Hay un esquema de interpretación que dice que todo está protegido para todos, incluso lo que se encuentra restringido, en la medida en que las restricciones influyen sobre discurso protegido.

En el año 2004 la relatoría de libertad de expresión de la OEA dijo en un informe que la única instancia de censura que admite el sistema interamericano es el caso del 13.4 cuál es la censura de espectáculos públicos para la protección de los niños que es un sistema de calificación,

No hay ninguna otra hipótesis de prohibición o limitación que torne un discurso en no protegido al 13.5, porque dice que se trata de un caso especial de penalización.

Hay un caso que vamos a ver hoy de la corte Interamericana llamado “La última tentación de Cristo”, tiene un apartado, el 70, donde dice que es la única instancia de censura que existe en la de espectáculos públicos con respecto al ingreso de

los niños, que sería el principio del 13/4. La corte Interamericana no reconoce supuestos de prohibición.

Afuera de esto quedan temas complejos que serían objeto de debate sobre si son causas suficientes y asimilables al artículo 20 del Pacto de derechos civiles y políticos.

Si optáramos por aplicar el artículo 20 y entender que el 13/5 también habilita instancias de prohibición habría dos temas importantes en los que detenerse:

- Caso de discurso discriminatorio: porque la convención internacional sobre protección contra discriminación la racial o de otro tipo, dice que los estados tienen que tomar medidas destinadas a proteger a las personas contra actos discriminatorios.

¿Podría ser esta medida un caso de censura? En términos teóricos sí. Se nos vuelve a introducir un problema con un tratado internacional que permite injerencias previas y limitaciones versus otro que no lo permite que es el caso de la Convención Americana.

En caso de diferencias de textos de declaraciones, se tiene que evaluar quien es la víctima

Es más fácil cuando alguien actúa en contra del Estado por los derechos humanos, que cuando son dos particulares comprometidos.

Allí es más difícil de discernir, porque cual sería la víctima? el discriminado o el que quiere hacer uso de la libertad de expresión y se lo censura?. Mucho depende de los casos concretos y de la situación de poder del que discrimina o no.

- Otro caso complicado es la convención de discriminación contra la mujer y el protocolo facultativo de ese facto que es lo que se conoce como Cedaw, en él hay una previsión que obliga a los Estado a tomar medidas contra todas las forma de estigmatización de la imagen de la mujer. ¿Podría haber medidas judiciales que suspendan una publicidad porque estigmatiza la imagen de la mujer?

Es incompatible con los tratados de la convención americana que eso pueda ocurrir, pero si alguien se escuda en ella podría decir que eso es una hipótesis de censura que no cabe. Cuando se discutió la ley de medios una de las discusiones más grandes que hubo con la relatora de la libertad de expresión fue la inserción

dentro del artículo 2 de que los medios de comunicación no debían adoptar conductas que plantearan la estigmatización de la imagen de la mujer. Hay una entidad llamada Red Par que lucha por el derecho de igualdad de los géneros en los medios, decía que estaba claramente explícito que los Estados tenían que tomar medidas y hacer una ley que prevenga contra esto.

Jurídicamente las dos iguales tienen peso; pero la que proteja más a la víctima es la que se usa.

- La convención de los derechos del niño donde se admiten restricciones y limitaciones para la protección de los niños.

Aclaración: Siempre las medidas de restricción o las medidas de limitaciones tienen que ser adoptadas por la justicia. Los jueces son los únicos que tienen la potestad existente para dirimir en un conflicto de derechos.

Tratados Internacionales: restricciones o responsabilidades ulteriores

Asumiendo la posición más complicada para lo que nosotros queremos defender que es la existencia de limitaciones y restricciones, -estas últimas para hacer aplicada en el modelo del pacto de San José de Costa Rica se deben limitar siempre a las responsabilidades ulteriores- tienen 4 requisitos.

La responsabilidad ulterior es hacer cargo de las consecuencias legales de su expresiones, entendiendo que la libertad de expresión no involucra conductas sino meras expresiones.

¿Qué tipo de consecuencias legales hay?

Alumno 1: Cárcel y multa que son castigos o penas.

Profesor: Bien, estas son responsabilidades penales que pueden ser multas o castigos corporales por la privación de la libertad o golpes.

Con una responsabilidad penal se busca un castigo, la satisfacción del ofendido o del afectado se limita en ese caso al ver satisfecha su vocación de venganza privada a través de la operación jurídica que hace el Estado que es disponer un castigo en el régimen del Estado de derecho. Esa fue la finalidad con la cual fue

creado el derecho penal para intervenir el ojo por ojo a través de un mecanismo institucionalizado y con ciertas reglas.

- Hay otras responsabilidades que son las éticas, no sirve para todos los casos de libertad de expresión porque requiere la instrumentación de ciertas reglas de tipo ético que se pongan en juego, como los códigos de conducta, mecanismo de autorregulación de contenidos en la televisión, autorregulación publicitaria. Son distintos mecanismos por los cuales la responsabilidad que se asume es de tipo moral.

- Qué se pretende o cuál es la finalidad, al menos en principio, de la aplicación de responsabilidad civil?

Alumno 1: Compensar al damnificado.

Profesor: Las responsabilidades civiles que se encuentran apoyadas en el sistema de derecho romano –a diferencia que lo que ocurre en el common law británico y estadounidense - pretenden la compensación de los daños sufridos, no buscan castigar, sino su alcance es la compensación de los daños.

- La Responsabilidad administrativa: se basa es una relación que en cierto grupo de tipo de medios y el Estado porque se sostiene en base a un régimen legal de licencias o autorizaciones en virtud de las redes que utilizan.

Quedarían por indicar las emergentes del Derecho a réplica de rectificación o de pruebas: son personas afectadas por información inexactas que reclaman exponer su posición en el mismo y en el mismo espacio.

¿Cuales son los 4 principios que requiere la convención americana?

- Legalidad: significa que las responsabilidades deben estar establecidas de modo previo en una ley y ella debe ser formal, significa que está basada por el órgano constitucional previsto para hacer leyes y no otro tipo de normas jurídicas.
- Debe ser precisa la definición legal de aquella conducta que se considera como causa de incumplimiento.

- También debe ser tenido en cuenta como integrante del principio de legalidad la interpretación que la justicia hace de la ley. Si la definición de la ley es incierta y no cumple con los requisitos es lo mismo que si se venía interpretando la legislación que determina una cuestión se veía de determinado modo, el cambio de esa interpretación en contra del que hace ejercicio de libertad de expresión, viola el ejercicio de legalidad.
- La responsabilidad ulterior debe ser **necesaria** para cumplimentar o proteger los **finés legítimos** en una sociedad democrática basada en el Estado de derecho. Estos fines legítimos son los bienes jurídicos que las convenciones de derechos humanos señalan como objeto de protección y cuya violación justificarán la aplicación de las responsabilidades o restricciones. Son la moral pública, el orden público, la honra y la reputación de los demás, la salud pública, etc. No todos los tratados de derechos humanos establecen los mismos fines ni la misma cantidad.
- Las responsabilidades deben ser necesarias en un Estado de derecho en una sociedad democrática. Ello no significa conveniente, ni útil ni adecuado. Necesario, en términos de aplicación de responsabilidades o restricciones por el ejercicio de derechos humanos significa “EL MENOR GRADO DE RESTRICCIÓN QUE PERMITE PROTEGER EL FIN LEGÍTIMO ESTABLECIDO SIN GENERAR EFECTOS INHIBITORIOS SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN”
- Ello equivale a decir que no son necesarias en un estado de derecho democrático todas aquellas que admiten soluciones no tan rigurosas para proteger el fin legítimo. Más aún, hay interpretaciones que reclaman que debe haber clara relación con actos de violencia o que dicha necesidad debe ser social e imperiosa y la responsabilidad absolutamente proporcionada a la más estrecha interpretación del daño causado.