

Texto I

Fundamentos del Derecho a la Información

El objetivo de este documento es consignar el tratamiento de los fundamentos del derecho a la información y la libertad de expresión. Hay dos series de preguntas que nos van a servir para orientar la introducción al debate:

- ¿Qué es la libertad de expresión? ¿Cómo se la protege? ¿Si es importante protegerla? ¿Cuál es el valor que tiene?

- ¿Qué rol debe jugar el Estado en materia de libertad de expresión? ¿Qué debe hacer y qué no debe hacer? ¿Qué valores debe resguardar? ¿Qué herramientas tiene?

En el mismo sentido, existen dos tendencias –entre otras– que hacen a los fundamentos de la importancia de la libertad de expresión:

- La primera atiende a principios de la realización y satisfacción personal, con el crecimiento propio. Pensando la libertad de expresión como un derecho individual.

- La segunda entiende que el ejercicio de la libertad de expresión es un mecanismo de fortalecimiento de la democracia y el estado de derecho necesita pluralismo y hace falta garantizar la libertad de expresión. Es más institucionalista y encomienda la importancia del derecho a una instancia colectiva.

Estas dos tendencias jamás se contraponen en teoría. Pero la posición que uno adopte respecto de ellas implica cómo se define un caso en una situación de conflicto. Por ejemplo: si hay una reunión en la calle y viene una persona con un cartel opuesto al criterio del grupo que está haciendo la reunión y este último empieza a gritar y rompe la reunión, allí hay una colisión de derechos que debe ser analizada. Si uno opta por la primera tendencia la solución es una, pero si asume la segunda se resuelve de otra manera.

Hay varios casos de jurisprudencia en que se discutieron estos temas: si se ejerce el privilegio de un derecho individual o el fundamento a la libertad de expresión está anclado en el desarrollo del sistema democrático del estado de derecho.

Otro ejemplo de este conflicto es el discurso de la industria pornográfica: de acuerdo a como uno piense se puede no ponerle límites ni establecerles censura. Existen posiciones enfrentadas que dicen que el discurso pornográfico no tendría que ser admitido porque es violatorio de estándares de protección

de los derechos humanos. Esta postura parte del concepto de sometimiento del otro en las prácticas pornográficas y se sostiene en la negación de la condición de ser humano del sometido, razón por la cual, no se puede plantear como un discurso protegido.

Las corrientes contrarias a esta tesis dicen que este discurso forma parte de la libertad de expresión en términos de la autorrealización personal de quien quiere expresarse de ese modo.

¿Qué sería lo que prima? ¿Aporta al pluralismo? Aun cuando exista la expectativa, nunca se resuelve igual, porque los jueces piensan de diferente forma.

El análisis del discurso del odio incluye las dos tendencias que mencionamos, pero en una hipotética situación de conflicto, podemos vernos en optar por una u otra.

Hay discursos de negación del Holocausto en América. En Europa está prohibido hacer actos de negacionismo, negar el Holocausto tiene una pena y puede ser objeto de censura y prohibiciones previas. En cambio, en el continente americano no existe esa posibilidad de limitación previa, sino responsabilidades ulteriores.

Bajo estas dos tendencias se van a encontrar con más matices teóricos y doctrinarios que se desgranán de estas primeras; pero no se puede cometer el error de suponer que una resolución judicial que determina para un caso una posición resulta ser una verdad revelada; porque es muy posible que un determinado tribunal tenga un contexto distinto y utilice otra doctrina. Estas dos serían los grandes paradigmas que protegen la libertad de expresión.

Han existido otras tesis que estiman que su fundamento se basa en la búsqueda de la verdad, instancia que también es compleja de asumir porque hay diversas clases de discursos y mensajes en los que la verdad queda ontológicamente dejada de lado, tales como en el arte o los discursos no científicos.

En cuanto al Estado

¿Cuál sería el rol del Estado en materia de libertad de expresión? ¿Cuál es la finalidad del estado en relación a esto? ¿Qué instrumentos usaría? ¿El rol del estado es garantizar la libertad de expresión? ¿Por qué? ¿Para qué?

Hay quienes sostienen que la razón de ser es el fortalecimiento de la democracia. Otros dicen que es condición para garantizar o reconocer diversidad de opiniones e igualdad de oportunidades. Otras tesis apuntan a la conformación de ciudadanos libres.

Muy radical y básicamente, se sostiene por parte de ciertos doctrinarios que el rol primigenio y único es el de abstenerse de censurar. Esta posición posee una profunda raigambre histórica.

En el marco del derecho internacional de los derechos humanos se ha conformado una corriente que sostiene que el rol del Estado no alcanza con esas obligaciones de abstención, sino que debe cumplir obligaciones de prestación destinadas a garantizar pluralismo y diversidad.

Las garantías de la libertad de expresión se deberían a la búsqueda y promoción del pluralismo y diversidad. Porque el Estado pone normas, también es un regulador, y también árbitro. En tanto el Estado no garantiza el pluralismo no hay modo de que eso sea factible, porque no hay quien garantice que todo el mundo acceda a conocer ideas (y no solo ideas sino informaciones u opiniones).

Hay posiciones que sostienen que la libertad de expresión es un modo de garantía para que se conozcan diversas cosas de modo tal de acercarse a la búsqueda de la verdad. Nos cabe un agregado en relación a lo dicho. Aun cuando coloquialmente se entienda a la censura como la prohibición de decir o hacer algo, como la prohibición total o parcial de un discurso o limitar a un sujeto individual o colectivo a expresar sus expresiones, es menester adelantar que –técnicamente- la censura es la revisión previa de los contenidos.

Puede no haber prohibición, se puede difundir absolutamente todo lo que estaba previsto publicar pero sí revisión previa.

Una cosa es revisar y calificar una película antes de que se publique y otra cosa muy diferente es prohibirla después.

En un caso es censura y en el otro es violación a la libertad de expresión. No es técnicamente lo mismo, las respuestas jurídicas no son iguales y los encargados de hacerlo tampoco.

La prohibición de la censura refiere a la imposibilidad de una instancia de revisión previa. Aún si luego no se tradujera en la prohibición de la expresión de un mensaje, no por ello dejaría de haber censura previa.

Es decir, no toda restricción a la libertad de expresión importa censura. Hay una relación de género y especie que hace falta ser tomada en cuenta.

Por último, es importante tener en cuenta que siendo el objeto del derecho a la información las ideas, informaciones y las opiniones, el derecho necesita diferenciar jurídicamente las tres, ya que las consecuencias de uno o de otro son diferentes.

En tanto unos refieren a hechos, otras a juicios de valor y no se puede predicar de estas la exactitud que si se pueden exigir a las informaciones.

Más adelante trabajaremos sobre estos temas.

Texto II

Consideraciones sobre la Convención Americana de Derechos Humanos y otros textos de derechos humanos en materia de libertad de expresión.

El artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es un pilar fundamental de los principios de libertad de expresión sobre los cuales trabajaremos. 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 norteamericanos o los ingleses el derecho a la información es el derecho al acceso de la información pública.

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.

Existen otros tratados internacionales, algunos de nivel mundial otros regionales; el siguiente cronológicamente es el tratado de Roma (Convenio Europeo de los Derechos Humanos), lo fundamental de él es el artículo 10 que comienza igual a las definiciones sobre libertad a la libertad de expresión:

"Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa."

Agrega:

"El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial"

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.

Hay otro tratado que conocemos como Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 19 es muy similar al 10 que comentamos anteriormente:

“Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.”.

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, etcétera. Que se entienden como limitaciones.

En otro artículo –el 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 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”.

En el 13.2 sostiene 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 establece que estará prohibida toda apología del odio nacional y racial o religioso que incita a la violencia por esas razones.

Hay un problema aparente de contradicción, porque el 13.2 dice que estará prohibida la censura y el 13.5 dice que estará prohibido un conjunto de mensajes.

¿Estaría prohibido 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, en inglés dice: “estará penalizado por la ley”, en lugar de decir “estará prohibido”. Entonces, ¿los significados son diferentes?, ya que prohibido penalizado son dos palabras que no dicen lo mismo y tienen por ello implicancias distintas en términos jurídicos. Esto marca algunas cuestiones a considerar.

En primero lugar, 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 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 distinto porque puede ser de universalidad o de generalidad (este último significa que admite excepciones, en cambio el primero no admite ninguna excepción). El de sujetos y de medios, seguro y queda la discusión sobre los mensajes.

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

Hay un caso que vamos a ver 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 artículo 13.4.

La Corte Interamericana no reconoce supuestos de prohibición.

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 sobreprotección 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 ¿cuál 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 el de la Convención contra la Discriminación contra todas las formas de discriminación contra las Mujeres y el protocolo facultativo de esa Convención. Allí existe una previsión que obliga a los Estados a tomar medidas contra todas las formas 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? Si alguien se escuda en ella podría decir que eso es una hipótesis de censura que no cabe en las previsiones del 13.2 pero sí en otro tratado.

En la Convención de los Derechos del Niño se admiten restricciones y limitaciones para la protección de los niños, que deben ser garantizadas por la justicia. Los jueces son los únicos que tienen la potestad suficiente para dirimir en un conflicto de derechos.

En cuanto a la aplicación de responsabilidades, los principios que requiere la Convención Americana son los siguientes:

- Legalidad: significa que las responsabilidades deben estar establecidas de modo previo en una ley y ella debe ser formal, o sea que está tomada por el órgano constitucionalmente previsto y de acuerdo a sus procedimientos específicos 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. Así como cuando la definición de la ley es incierta no cumple con los requisitos, también ocurre respecto a la falta de previsibilidad cuando lo que se venía interpretando respecto a cierta legislación que determina una cuestión se varía determinado modo, el cambio de esa interpretación en contra del que hace ejercicio de libertad de expresión, viola el ejercicio de legalidad.

- Necesidad: La responsabilidad ulterior debe ser necesaria para cumplimentar o proteger los fines legítimos en una sociedad democrática basada en el Estado de derecho. 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 proporcionales o que resulten de más 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.

- 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.

TEXTO DE APOYO TRES

En el texto anterior nos habíamos quedado en el tema de las responsabilidades.

Habíamos trabajado en el 13 inciso segundo de la Convención Interamericana; en las limitaciones; el 13 inciso 5 lo habíamos visto; en las responsabilidades, sus diferentes tipos y requisitos (eso es a partir del 13:2 de la Convención). El 13/3 de la Convención trabaja sobre supuestos distintos a los de la censura, denominados restricciones indirectas, también habíamos visto que ella está prohibida por la disposición 13/2 del Pacto, y allí lo que hace la Convención es establecerle obligaciones a los Estados destinados a evitar la adopción de cualquier tipo de restricción indirecta, que no es lo mismo que la censura indirecta, por más que se lo llame parecido.

Habitualmente, de modo coloquial, se habla de casos de censura indirecta, no es exactamente lo mismo desde el punto de vista técnico, sí son instancias de restricciones o afecciones a la libertad de expresión, pero no significan censura técnicamente hablando.

Entonces la Convención trabaja sobre evitar la existencia de ciertos supuestos, tales como la administración arbitraria de papel para periódicos o de frecuencias radioeléctricas, que son los insumos materiales de los soportes del ejercicio de la libertad de expresión

Por dar alguna nota de ilustrativa posibilidad, es que el Estado diga que no van a entregar frecuencias radioeléctricas a quienes no sean sociedades comerciales, eso existió en la Argentina hasta hace no demasiado tiempo, o vamos a utilizar mecanismos de adjudicación de licencias para explotación de frecuencias radioeléctricas basadas en subastas, es decir, va a tener una frecuencia quien tenga más capital, situación que también ocurre, no en Argentina, en otros sitios como Guatemala y el Salvador; o que establezcan impuestos extraordinarios a la importación de papel para diarios y que solamente exista en el país una empresa que haga papel para diarios, tampoco es un ejemplo tan irreal, al leer los diarios todos los días se darán cuenta de que no es tan inexistente esa posibilidad.

Dice la Convención Interamericana al final del 13.3: "o cualquier otro mecanismo destinado a entorpecer u obstaculizar la libre circulación de opiniones". Eso además de, establecer impuestos especiales a los sedes de reflexión, por ejemplo que haya impuestos extraordinarios al uso de aparatos de televisión o de radio, por el solo hecho de tenerlos.

Aclaro que hay lugares en el mundo donde esa situación existe y donde hay impuestos especiales que sirven para financiar las televisoras y las radios públicas¹. Hay lugares en donde resulta discutible que quepa en el sistema

interamericano, a partir del artículo 13. 3, que esto se pueda aplicar. Este tipo de menciones que hace la última parte del 13.3, que no se puede establecer ningún tipo de obstaculización o entorpecimiento a la circulación de informaciones y opiniones es la que determina que la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya dicho que no hay ninguna declaración más generosa a favor de la libertad de expresión, como la Convención Americana.¹ El resto de las convenciones internacionales de Derechos Humanos, son la base, si en otro lado está reconocido, la Corte Interamericana no puede negarse a conceder un principio parecido. Obviamente habrá que ver las circunstancias de cada caso, pero aquello que en Europa, por ejemplo, no cabe dudas que si el tribunal europeo lo reconoce, casi por definición lo va a reconocer la Corte Interamericana.

El artículo 13 inciso 4, tiene una redacción bastante complicada, porque el 13/2 plantea que no puede haber censura previa, sino responsabilidades ulteriores.

El 13.4 dice que admite la existencia de censura, teniendo en cuenta lo que dice el 13.2, a fin de calificar los espectáculos con el objeto de la protección de la adolescencia y la infancia. Esto no se trata de censura en términos de autorización o no de difusión de cosas, sino que se trata de la regulación del acceso a los espectáculos para la protección de los niños y – de hecho – cuando los acompaña un mayor no se puede “prohibir el acceso”.

. Se

revisa y califica al solo efecto de determinar condiciones al solo efecto de asistir al espectáculo público.

Queda a considerar: ¿Cuál sería la definición de espectáculo público?

Hace muchos años, hasta marzo de 1984, la calificación que le ponía a los espectáculos públicos era “prohibido para menores de” o “prohibido para menores de 18, pero con reservas”. A partir de la modificación de la ley de cine, con el advenimiento de la democracia, el propósito de la regulación de la Convención de Derechos Humanos, que se incorpora como legislación vigente en marzo del `84, lo que se modifica es el sistema de calificación y pasa de considerarse la calificación como “prohibida para menores de” a “solo apta para mayores de”, la diferencia es importante en un caso prohibición significa que no entra el que es menor de tal edad y el “solo apta a mayores de” autoriza que alguien se hace responsable de que entre alguien que no tiene esa edad, ese ya no es un problema de prohibición sino que es de sugerencia o de calificación.

¹ 1 En Inglaterra hay una libreta en la cual se le paga un estampillado yendo al correo una vez por mes, ahora se debe pagar por Internet, se la denomina Licence fee. Es una tarifa que se paga, similar a la patente del auto, por tener un televisor o una radio. Cuando se compra un televisor o una radio, se registra, como se registrar cuando se compra un auto, y se paga ese derecho mensual de licencia. Este impuesto sirve para financiar la BBC, la ZDF en Alemania.

En los espectáculos teatrales la calificación la hacen los municipios, no el ente de calificación cinematográfica, este ente en la actualidad pertenece al Instituto de Cine y Artes Audiovisuales.

Según el artículo 13/5, habíamos discutido que el Estado tenía autorización para decidir que había mensajes que no se difundían.

habíamos mencionado la diferencia entre prohibir y castigar en función del 13.5 de la Convención Americana, hay una interpretación de la diferencia entre lo que se castiga, que es aquello que la ley dice trae consecuencias legales en caso de ser difundido, o si el Estado tiene la obligación, de acuerdo al 13/5 o al 20 del Pacto Internacional de Derechos y Deberes Políticos, de directamente, si tiene un mandato supranacional, supralegal emergente de las convenciones internacionales, de prohibir, es decir, de dar una orden para que algo no sea difundido.