

Las normas y principios del derecho de la información como herramienta de la política del Estado hacia la comunicación¹

Por Damián Loreti

Decano de la carrera de Ciencias de la Comunicación y Vicedecano de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Abogado especialista en Derecho de la Comunicación. Autor del libro *El Derecho a la información*.

La presente colaboración tiene por objeto dar cuenta de una de las herramientas que hacen a la política de comunicación de un Estado, cual es la legislación referida a los estándares buscados en materia de derecho a la información.

Lo expuesto, en orden a que uno de los modos por los que se definen y aplican las políticas en comunicación (y que repercuten indefectiblemente en las agendas de medios y políticos) son las legislaciones. Y, en esta materia, no sólo la ley de radiodifusión es la encargada de llevar esta responsabilidad, sino varias más, generalmente ajenas a la luz pública de encendidos debates.

Pero es preciso, en tal sentido, que el Estado se apropie y lidere la búsqueda de esos estándares compatibles con el Derecho a la información como derecho humano universal, más que -sin que ello implique menospreciar su importancia y valor estratégico- la libertad individual de prensa.

De tal modo, habremos de tratar de exponer los temas y tendencias que existen en debate alrededor del Derecho de la Información y su ubicación en el campo del conocimiento de las Ciencias Jurídicas y también de la Comunicación. Ello en pos -reiteramos- de asumir que las legislaciones y garantías que hacen al ejercicio práctico de los derechos suponen un baremo de las políticas que se aplican.

El primer debate a afrontar es si el Derecho de la Información cuenta con autonomía científica que permita su reconocimiento como disciplina.

Décadas atrás, cuando materias vinculadas a estos conocimientos fueron planteadas en las currículas universitarias, este abordaje nunca fue realizado desde las facultades de Derecho o de Ciencias Jurídicas.

En rigor de verdad, la incorporación de disciplinas jurídicas vinculadas a las ciencias de la comunicación, la información o el periodismo se dio en las carreras específicas recibiendo denominaciones muy variadas, como "Régimen Jurídico del Periodismo", "Legislación y Ética del Periodismo". Es particularmente en los ochenta que el "derecho a la información" comienza -al menos de modo mayoritario- a ser la denominación de esta disciplina, a veces en conjunto con "derecho de la comunicación" y otras como "derecho de la información".

Por su parte, en los programas habituales o clásicos de las facultades de derecho y ciencias jurídicas, no existieron materias con denominaciones o puntos de interés similares. Los contenidos de lo que hoy se llama derecho de la información -en tanto conjunto de normas positivas, decisiones, jurisprudencia, precedentes y costumbres- vinculados a este objeto de estudio que llamaremos convencionalmente "información", aparecen repartidos -y no todos- en varias materias o asignaturas y (al menos hasta donde sabemos) sin pretensión de armonizarse entre sí o participar de la búsqueda de un corpus único.

Pero antes de avanzar, es importante una breve puntualización. El derecho "a" la información no es equivalente al derecho "de" la información. Esto es más que un juego de palabras aunque aparente serlo. El derecho "a" la información es la consagración del derecho humano universal y sustantivo a recibir, difundir e investigar informaciones y opiniones. El derecho "de" la información, está dicho, aparece representado por el derecho positivo, la jurisprudencia y las costumbres.

¹ El presente trabajo es ampliación y actualización de una publicación previa del autor.

Entonces, el derecho "a" la información, aparecerá tangencialmente en el estudio de los tratados de derechos humanos y las convenciones internacionales. Se lo estudia en la Constitución Nacional en los contenidos de los históricos artículos 14 y 32 que consagran la libertad de prensa, pero disminuido en su potencial, dada la diferencia existente entre uno y otro principio.

Luego, las cuestiones vinculadas al acceso a la información del Estado es posible que se vean en algún recorrido del derecho administrativo, como también es posible -aunque con no demasiadas expectativas- que en la misma materia se alcance a saber que existe una ley de radiodifusión. Las responsabilidades civiles y penales por el ejercicio del derecho de informar quedan enmarañadas con otros delitos y obligaciones de reparación por daños o amenazas de sanciones por parte del poder represivo del Estado.

Por otro lado, la discusión sobre el rol del trabajo periodístico en una sociedad en la que los medios de comunicación tienen un papel jugado y a jugar-se que cualquier lector definirá con mucha mejor calidad y alcance que yo, quizás sea vista junto con una decena de regímenes laborales.

Puesto así, para los estudiosos del derecho, sería una conclusión obvia que el derecho de la información carece de autonomía científica, de un corpus propio y de principios de interpretación que lo caracterice y distinga de otras disciplinas jurídicas.

Pero el caso es que -sin más pretensiones que la de aportar a un debate ya planteado- estimamos que todos esos elementos sí se hacen presentes, aunque por el momento nos abstendremos de afirmar categóricamente la autonomía científica del derecho de la información.

Tiene, en tanto derecho humano universal, un objeto propio, conformado por las informaciones y las opiniones. Y estos conceptos involucran todos los tipos de expresiones, es decir, informativas, culturales, artísticas, humorísticas y sobre todos los so-

portes, incluyendo el derecho de acceso a la información de carácter público.

De tal modo, aparecen dos principios de universalidad, aplicables a sujetos y medios, y otro de generalidad, aplicado a los mensajes (ya que las propias convenciones de derechos humanos plantean sus excepciones como la apología de la guerra, el odio racial y la discriminación). Sin perjuicio de ello, hay quienes predicán la universalidad también de los mensajes, interpretando que aún en estos casos lo único que cabe realizar es aplicar a posteriori responsabilidades legales ulteriores.

Otro elemento a tomar en cuenta para dilucidar si existe tal autonomía disciplinaria en materia de corpus es la existencia de un acto jurídico propio del conjunto de normas positivas que englobamos y caracterizamos como derecho de la información.

Así como en ciertas ramas del derecho aparecen el acto de comercio, la relación de trabajo, la acción delictiva, el daño ambiental como núcleo que atrae la creación, modificación, extinción y satisfacción de derechos y obligaciones recíprocos entre partes, a nuestro criterio -aún cuando no se ha profundizado demasiado en los estudios sobre este tópico- cuando se satisface a alguien su derecho a recibir, difundir o investigar informaciones u opiniones, también estaríamos ante un acto jurídico determinado (al que podemos llamar acto informativo) que cuenta con características propias.

La satisfacción del derecho a la información como acto de justicia (en su concepción más amplia) deberá estar orientada al sujeto universal. Quien resulta -o debería resultar- beneficiado por la difusión de informaciones y opiniones es el público -todos y cada uno de los hombres y mujeres-, de la mano de quien difunde la información. Pero si hipotéticamente (y con la sola pretensión de este análisis) remitiéramos el ejercicio de este derecho a la profesión de periodista, veríamos que la investigación, la obtención de información, la reserva de la fuente, y la difusión del mensaje no está destinada por sí mis-

2 Caso 11.012, Informe N° 22/94, Argentina, Horacio Verbitsky, 20 de septiembre de 1994 (Solución amistosa).

3 Era el artículo que establecía sanción penal a quien de cualquier modo ofendiera a un funcionario público con motivo o en ocasión de sus funciones.

4 Informe de la Relatoría de Libertad de Expresión, OEA 2002: "El reconocimiento de que los funcionarios públicos están sometidos a un menor grado de protección frente al examen y la crítica del público, significa que la distinción entre las personas públicas y privadas también debe establecerse en las leyes ordinarias sobre injurias, calumnias y difamación. La posibilidad de que funcionarios públicos hagan abuso de estas leyes para silenciar opiniones críticas es tan alta con las leyes de esta índole como con las de desacato".

ma a satisfacer las obligaciones de un contrato de trabajo periodístico, sino a dar cumplimiento a la misión de informar al conjunto.

También tiene el derecho de la información un conjunto de principios de interpretación que se ponen en juego cuando existen conflictos. Que nadie debe ser molestado a causa de sus opiniones, que se debe privilegiar el evidente interés público por sobre el individual, salvo que exista intención de dañar, que las sanciones penales (por tanto de castigo y no de reparación) son intimidatorias y cercenan la libertad de expresión cuando mediante ellas se intenta proteger el honor de funcionarios o personas de reconocimiento público o personas que sin tenerlo se involucren en cuestiones de interés público, que la aplicación de responsabilidades se rige por el principio de "necesidad", entendiendo por ella el menor grado de restricción posible que permita reparar el daño sin generar intimidación o autocensura, o que los obstáculos indirectos a la circulación de informaciones u opiniones violan el derecho a la información, son piedras fundamentales de este derecho. En otras palabras, los requisitos legales que enmarcan las políticas en materia de comunicación deben no sólo estar basadas en amplios criterios de tolerancia, sino ceñirse indefectiblemente a los sindicatos en el artículo 13.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos: legalidad previa por ley formal del congreso de la Nación, fin legítimo (que no incluye el ejercicio de la función pública por sí misma, y la necesidad social imperiosa, vale decir, la menor restricción que sirva para proteger el fin legítimo y no genere efectos inhibitorios para el ejercicio de la libertad de expresión.

¿Son estos elementos sustantivos en una política de comunicación? Sí, salvo que pensemos que las políticas de comunicación sólo tengan relación con la ley de radiodifusión o la regulación de la concentración. Pero el caso es que la CIDH ha dicho en octubre de 2000 que los monopolios y los oligopo-

lios afectan la libertad de expresión y el derecho a la información.

Pueden pensarse entonces las políticas sin el horizonte del derecho universal a la información? Entendemos que no.

Sentados estos principios y puntos de partida sobre la disciplina, trataremos de acercar los avatares de lo que se encuentra hoy en la agenda interamericana de los debates no sólo académicos, sino políticos y judiciales sobre el derecho a la información.

La agenda. El efecto intimidatorio de las sanciones

Uno de los temas más sensibles del derecho a la información es el que se relaciona con la oportunidad, magnitud y necesidad de la aplicación de las llamadas responsabilidades ulteriores y las corrientes de despenalización de la crítica a los funcionarios públicos, las personas de reconocimiento público y las que sin tener esta condición se involucran voluntariamente en temas de interés social. En este plano han existido en la legislación dos tipologías de previsiones penales para castigar estas conductas: el desacato y los delitos contra el honor.

Respecto al desacato, como emergente de un procedimiento de solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, iniciado por una denuncia de Horacio Verbitsky contra el Estado Argentino² tras ser condenado por infracción al artículo 244 del Código Penal³, el Estado se comprometió a derogar esa previsión, lo que efectivamente ocurrió.

El caso es que, en los hechos, la figura del desacato fue reemplazada por una extensión no debida de las figuras penales que "protegen" el honor de las personas como las calumnias y las injurias. Y afirmamos ello en la medida en que se ha echado mano de esta herramienta jurídica en más de un centenar de casos por funcionarios públicos, por lo que la única diferencia parecería estar en la participación de la fiscalía.⁴

Lo expuesto parecería no dar cuenta del problema de fondo. Efectivamente, es cierto: el eje del debate aparece en la fricción que surge de analizar las interpretaciones sobre la pertinencia de las leyes de desacato o que imponen otras figuras penales (calumnias e injurias) que ha dado el Sistema Interamericano y otras fuentes de interpretación de los derechos humanos en el derecho comparado versus las legislaciones internas de los países de América Latina⁵.

En su Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, la Comisión Interamericana ha venido a fijar el estándar de interpretación de la Convención. Para ello dice:

10. *Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaban difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas.*

Y agrega en el punto 11: *Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como "leyes de desacato" atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información.*

Pero si bien en nuestro país y otros de la región el desacato fue derogado, la subsistencia de las previsiones sobre calumnias e injurias que se utilizan para los mismos fines, resulta contradictoria con la Convención Americana.

El tema -pese a todo- no parece ser tan simple, en la medida en que la Justicia -nos referimos aquí

a los jueces- aún no parece haberse hecho cargo de esta cuestión. Tampoco, por cierto, los legisladores, a quienes les cabe el sayo de tener que modificar la legislación por dos razones contundentes: la primera: el Estado debe arreglar sus normas a los estándares de protección del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, caso contrario lo estará violando; la segunda: existe un compromiso firmado ante la CIDH al que no se está haciendo honor. Y no es el compromiso del pago de la deuda.

Los jueces y académicos latinoamericanos deben urgentemente dar cuenta de que parte del derecho positivo nacional está fuera del derecho internacional; pero esta no es una batalla jurídica, sino política. Las sanciones penales a la crítica a los funcionarios y personas públicas son inconstitucionales.

La información pública

Otra arista en debate en el continente pasa por la consagración legislativa interna en los países de herramientas jurídicas que garanticen el derecho de acceso a la información pública. También esta es una batalla política y hace a la política de la información.

Ya su sola caracterización implica un enfrentamiento de posiciones y no necesariamente desinteresadas.

Por información pública entendemos no sólo la que está en manos del Estado sino aquella de interés público en tanto se vincula con la propia gestión del Estado, con la de los servicios que éste ha cedido, licenciado o concesionado (con lo que se incluyen a las empresas de servicios privatizados como obligadas a dar información), o aquella que guarda relación con cuestiones de interés social como la información sanitaria o ambiental.

Aparece como obvio que esta información debería estar en manos de cualquier habitante de la Nación. Pero no es así. Hay ejemplos inmediata-

5 Según el Informe de la CIDH de 1994, existen leyes de desacato en los siguientes Estados: Bolivia, artículo 162 del Código Penal; Brasil, artículo 331 del Código Penal; Chile, Título VI del Código Penal, "De los crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares", artículos 263 y 264; Costa Rica, Título XIII del Código Penal, "Delitos contra la autoridad pública", artículo 307; Cuba, Capítulo II del Código Penal, "Violencia, ofensa y desobediencia contra la autoridad, los funcionarios públicos y sus agentes", artículo 144; Ecuador, artículo 231 del Código Penal; El Salvador, artículo 456 del Código Penal; Guatemala, Título XIII del Código Penal, "De los delitos contra la administración pública", artículos 411, 412, 413; Haití, Capítulo II del Código Penal, "Ultrajes, violencia contra los depositarios de la autoridad y la fuerza pública", artículo 183; México, Capítulo IV del Código Penal, "Delitos cometidos contra funcionarios públicos", artículo 189; Paraguay, Capítulo IV del Código Penal, "Delitos contra la autoridad pública", artículo 163(1); Perú, Sección III del Código Penal, artículo 374; Uruguay, Título V del Código Penal, "Delitos contra la autoridad pública", artículo 173; Venezuela, Capítulo VIII del Código Penal, "De los ultrajes y otros delitos contra las personas investidas de autoridad pública", artículo 223.

mente a nuestra disposición y los hay más complejos. Desde un simple pedido de ver un expediente en los municipios o la universidad, hasta acceder al estudio de impacto ambiental de la explotación de una refinería pareciera haber un mundo de diferencia. Pero tienen el mismo nivel de dificultad ellos, que ver un expediente del COMFER para imponerse de los vericuetos de un concurso o de una transferencia de licencia. ¿O es que alguien pudo ver alguna?

El derecho de acceso a la información es prioritario no sólo desde el punto de vista teórico señalado; el efectivo ejercicio de este derecho contribuye a combatir la corrupción y por eso hace a una política de Estado en materia de información.

La cuestión de la existencia o falta de transparencia en los Estados no puede ser entendido como una mera cuestión formal, es de una importancia que merece mejores esfuerzos que los actuales. Hace a la justicia de las decisiones y cuando uno sufre su ausencia de la mano de una decisión autoritaria genera impotencia e indignación. Una política de información y transparencia hace a una sociedad más justa, en cualquiera de sus niveles. Desde los exámenes hasta los decretos del Presidente.

En esta línea, durante la Tercera Cumbre de las Américas, los Jefes de Estado y de Gobierno reconocieron que la transparencia de los actos del gobierno puede ser incrementada a través de la creación de un régimen legal que permita que la sociedad tenga acceso a información.

Protesta social y libertad de expresión

Abriendo un nuevo campo de debate, un tópico sobre el cual el derecho no parece haberse hecho aún cargo del todo, es en la característica de la protesta social como ejercicio del derecho a difundir informaciones y opiniones.

Veamos, generalmente los sectores más comprometidos con las transformaciones han ampara-

do las posiciones de protesta social como una de las formas de peticionar a las autoridades, de reclamar por derechos conculcados de distintas formas o de exigir la modificación de situaciones planteadas.

Ya viene siendo crucial que las formas de protesta social empiecen a ser estudiadas desde otro plano: el de la expresión de opiniones e informaciones. Este es un desafío en la agenda del derecho a la información. De otra forma, el derecho de la información nunca se hará cargo de amparar una problemática tan importante como la búsqueda de soluciones mediante el uso de espacios públicos.⁶

Y esta advertencia viene de la necesidad de que la legislación y la jurisprudencia reconozcan que el acceso a los medios continúa siendo un privilegio, y que la criminalización de las “nuevas” formas de expresión pública (habría que preguntarse si efectivamente son “nuevas”), que los medios reflejan como protesta social, merece un debate más profundo.

En efecto, el dilema de cómo ejercer y ensanchar los marcos de la libertad de expresión en un marco de pobreza estructural en el continente no pasa sólo por la queja contra la “judicialización” y la “criminalización” de la protesta social”. Pasa por entender la interacción de los derechos humanos comprometidos en su integralidad.

En este sentido, el Informe de 2002 de la Relatoría de Libertad de Expresión de la OEA dice: “La Relatoría señala que la participación de las sociedades a través de la manifestación social es importante para la consolidación de la vida democrática de las sociedades y que, en general, ella como ejercicio de la libertad de expresión, reviste un interés social imperativo, lo que deja al Estado un marco aún más ceñido para justificar una limitación a esa forma de ejercicio de la libertad de expresión.”⁷ La Relatoría entiende que las limitaciones al ejercicio del derecho de reunión deben estar dirigidas exclusivamente a evitar amenazas graves e inminentes. Sería insuficiente un peligro eventual y genérico, ya que no se podría entender al derecho de reunión como si-

6 Así fue resuelto favorablemente por la Corte Suprema de los Estados Unidos en “Hague v. C.I.O.” (307 U.S. 496) (1939).
7 Véase “Feldek v. Slovakia”, Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia del 12 de julio de 2001, párr. 59.

nónimo de desorden público para restringirlo por se.⁸ ...se debe analizar si la utilización de sanciones penales encuentra justificación bajo el estándar de la Corte Interamericana que establece la necesidad de comprobar que dicha restricción (la criminalización) satisface un interés público imperativo necesario para el funcionamiento de una sociedad democrática. Asimismo, es necesario valorar si la imposición de sanciones penales se constituye como el medio menos lesivo para restringir la libertad de expresión practicada a través del derecho de reunión manifestado en una demostración en la vía pública o en espacios públicos. Es importante recordar que la criminalización podría generar en estos casos un efecto amedrentador sobre una forma de expresión participativa de los sectores de la sociedad que no pueden acceder a otros canales de denuncia o petición como ser la prensa tradicional o el derecho de petición dentro de los órganos estatales donde el objeto del reclamo se origina. El amedrentamiento a la expresión a través de la imposición de penas privativas de la libertad para las personas que utilizan el medio de expresión antes mencionado, tiene un efecto disuasivo sobre aquellos sectores de la sociedad que expresan sus puntos de vista o sus críticas a la gestión de gobierno como forma de incidencia en los procesos de decisiones y políticas estatales que los afectan directamente. En este sentido, se hace imperativo que al imponer restricciones a esta forma de expresión, los Estados miembro lleven a cabo un análisis riguroso de los intereses que se pretende proteger a través de la restricción teniendo en cuenta el alto grado de protección que merece la libertad de expresión como derecho que garantiza la participación ciudadana y la fiscalización del accionar del Estado en cuestiones pública”.

El sentido de la inclusión de esta cuestión es la urgencia en la iniciación del debate sobre la legislación y la protesta social desde una óptica distinta o al menos mucho más amplia que la vigente. Y por supuesto importa definiciones de políticas públicas.

En la medida en que reconozcamos que los derechos de la información y la comunicación no dependen sólo de las relaciones con los medios, las políticas implementables en materia de comunicación exceden al COMFER y a la Secretaría de Medios, hasta influir sobre decisiones más radicalmente involucradas con la forma de gobierno de la democracia.

Por estos días, existen procesados y condenados en nuestros tribunales por infracción al articulado del Código Penal que castiga el entorpecimiento de los transportes por tierra como si lo único que tuviera que tenerse en miras fuera el paso por las rutas.⁹

Importa en este plano ver qué ocurre en materia de derecho de reunión o asamblea. Al igual que el artículo 13¹⁰ para la Libertad de Expresión, la Convención Americana establece los principios en el artículo 15.¹¹

Estas restricciones, plasmadas en responsabilidades ulteriores, deben estar previstas previamente por ley. La Convención señala también que esas restricciones deben estar destinadas a proteger ciertos bienes jurídicos. Son contestes los arts. 13 y 15. Estas cosas que mencionamos como “la moral pública”, “seguridad nacional” son los que se constatan como “Fin legítimo”. Hace falta entonces, para aplicar una responsabilidad ulterior o “restricción”, primero, la previsión legal, formal y el segundo requisito que es el “Fin legítimo”. Es aquello que se desea proteger con la previsión de las responsabilidades penales.

Exigen también los párrafos del artículo 15 la existencia de necesidad en el estado de derecho.

Al analizar las restricciones a la libertad de expresión, reiteramos lo ya dicho, tanto el sistema europeo de derechos humanos, como el interamericano han coincidido en que “Necesario” no significa, útil, conveniente, adecuado, proporcionado.” Necesario” en términos de la jurisprudencia de los derechos humanos significa: el grado menor de restricción que admite la libertad de expre-

8 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-456, *supra* 32.
9 Nos referimos al art. 194 del Código Penal.

10 Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. 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.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

11 Artículo 15. Derecho de Reunión. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

12 Véase Corte EDH, Caso Scharlach y Noticias Verlagsgesellschaft c. Austria, *Sentencia del 13 de noviembre de 2003, Informe de Sentencias y Decisiones 2003-XI*, párr. 29; Corte EDH, Caso Perna c. Italia [GC], *Sentencia del 6 de mayo de 2003, Informe de Sentencias y Decisiones 2003-V*, párr. 39; Corte EDH, Caso Dichand y otros c. Austria, *Sentencia del 26 de febrero de 2002*, disponible en <http://www.w.echr.coe.int>, párr. 37; Corte EDH, Caso Lehideux e Isorni c. Francia, *Sentencia del 23 de septiembre de 1998, Informes 1998-VII*, párr. 55; Corte EDH, Caso Otto-Preminger-Institut c. Austria, *Sentencia del 20 de septiembre de 1994, Serie A, No. 295-A*, párr. 49; Corte EDH, Caso Castells c. España, *Sentencia del 23 de abril de 1992, Serie A, No. 236*, párr. 42; Corte EDH, Caso Oberschlick c. Austria, *Sentencia del 23 de mayo de 1991, Serie A, No. 204*, párr. 57; Corte EDH, Caso Müller y otros c. Suiza, *Sentencia del 24 de mayo de 1988, Serie A, No. 133*, párr. 33; Corte EDH, Caso Lingens c. Austria, *Sentencia del 8 de julio de 1986, Serie A, No. 103*, párr. 41; Corte EDH, Caso Barthold c. Alemania, *Sentencia del 25 de marzo de 1985, Serie A, No. 90*, párr. 58; Corte EDH, Caso *El Sunday Times* c. Estados Unidos, *Sentencia del 29 de marzo de 1979, Serie A, No. 30*, párr. 65; y Corte EDH., Caso

sión para garantizar un “fin legítimo” que no tenga consecuencias inhibitorias para el ejercicio de ese derecho.

Nuestra tesis es que este principio rige también para el derecho de reunión cuando se convierte en un mecanismo de ejercicio de la libertad de expresión en las manifestaciones públicas, que -con relativa estabilidad y pertinacia- se han convertido en nuevos actores políticos para hacer así oír sus demandas y protestas.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha manifestado: “la libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo. Dicho derecho no solo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática. [...] Esto significa que [...] toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue”.¹²

También la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que la expresión de opiniones constituye uno de los objetivos del derecho de reunión pacífica. En este sentido, el derecho a manifestarse está protegido tanto por el derecho a la libertad de expresión como por el derecho a la libertad de reunión.

Al respecto la Corte Interamericana ha manifestado: “[...] la libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse”.

La misma Corte IDH, en la Opinión Consultiva 5/85 al referirse a la libertad de expresión indica:

30.... cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a “recibir” informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; **pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.**

32. En su dimensión social la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.

33. Las dos dimensiones mencionadas (*supra* 30) de la libertad de expresión deben ser garantizadas simultáneamente. No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista.

34. Así, si en principio la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discrimina-

ción, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, a priori, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de éstos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla.”

En este plano, el uso de los espacios públicos por quienes toman la voz han llevado a académicos a sostener posiciones destinadas a reconocer que el derecho a la protesta en el uso de los espacios públicos está más acendrado o debe ser más defendido como radical o nuclear para los sectores más desaventajados de la sociedad.

Tendemos a compartir esta posición, junto con otras voces de la doctrina del derecho constitucional o de la libertad de expresión, en orden a que son quienes menos posibilidades tienen de acceder a los medios tradicionales de comunicación y formación de la opinión pública y es la utilización de estos espacios públicos lo que les da mayor visibilidad a sus reclamos o posiciones.

Lo que sí queremos dejar en alerta y bajo análisis es que ocurre con otras expresiones sociales que no tienen acceso a los medios en forma habitual (entre otras razones por la grave concentración en la propiedad de los medios en nuestro continente) y que no pueden ser considerados de por sí desaventajados.

¿En caso de colisión con otros derechos (de tránsito, tal vez, como las protestas urbanas, o de salir del país como en el caso del corte de rutas en Gualaguaychú (Provincia de Entre Ríos, Argentina) a propósito del conflicto de las empresas pasteras contaminantes) la situación de “desaventajado” debería condicionar el reconocimiento concreto y efectivo del derecho a la manifestación pública?

La discusión no es banal. Tiende a iluminar con un análisis impiadoso si por su naturaleza hay grupos que podríamos considerar “preeminentes” a la hora de la ocupación del espacio público. Las minorías discriminadas son más desaventajadas que los

trabajadores? O que los vecinos que protestan en protección a su medio ambiente?

Si sostenemos que el derecho a la libertad de comunicar ideas es absolutamente universal, la situación de desaventajado de un determinado grupo o sector puede “calificarlo” mejor a la hora de determinar si fue su “última ratio” la ocupación de ese determinado espacio. Pero dudamos que deba ser sólo reservado a estas situaciones.

Por supuesto, en el marco de demostraciones pacíficas y que no impliquen violencia física sobre terceros o sus cosas.

Las pautas de la Relatoría de Libertad de Expresión de la OEA

En su Informe del año 2005, la Relatoría de Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos, en esos momentos a cargo de Eduardo Bertoni, señaló:

“(…) dado que la Corte Interamericana no se ha pronunciado en ningún caso individual acerca de si las limitaciones a las manifestaciones públicas respetan los estándares de protección de la libertad de expresión y de la libertad de reunión establecidos por el Sistema Interamericano, la Relatoría se propone señalar algunas pautas para una posible interpretación de las limitaciones a las manifestaciones públicas frente a los artículos 13 y 15 de la Convención Americana.

La Relatoría subraya que la participación de las sociedades a través de la manifestación pública es importante para la consolidación de la vida democrática de las sociedades. En general, ésta como ejercicio de la libertad de expresión y de la libertad de reunión, reviste un interés social imperativo, lo que deja al Estado un marco aún más ceñido para justificar una limitación de este derecho. En este sentido, la finalidad en la reglamentación del derecho de reunión no puede ser la de crear una base para que la reunión o la manifestación sea prohibida.

De este modo, la Comisión Interamericana ha manifestado que “los gobiernos no pueden sencillamente invocar una de las restricciones legítimas de la libertad de expresión, como el mantenimiento del “orden público”, como medio para suprimir un “derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real”. Si esto ocurre, la restricción aplicada de esa manera no es legítima”. No se puede considerar el derecho de reunión y manifestación como sinónimo de desorden público para restringirlo per se”.

La Relatoría entiende que, dentro de ciertos límites, los Estados pueden establecer regulaciones a la libertad de expresión y a la libertad de reunión para proteger los derechos de otros. No obstante, al momento de hacer un balance entre el derecho de tránsito, por ejemplo, y el derecho de reunión, corresponde tener en cuenta que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho más sino, en todo caso, uno de los primeros y más importantes fundamentos de toda la estructura democrática: el socavamiento de la libertad de expresión afecta directamente el nervio principal del sistema democrático.

Las regulaciones de las manifestaciones públicas pueden ser de distintos tipos. Por un lado, existe la regulación legislativa, es decir, aquellos actos legislativos que restringen ya sea la hora, el lugar o la manera en la que se puede llevar a cabo una manifestación, sobre la base de que el derecho a usar las calles, los parques o las plazas no es completamente ilimitado. La Relatoría considera que para que dichas limitaciones respeten los estándares de protección de la libertad de expresión y de la libertad de reunión, no deben depender del contenido de lo que se vaya a expresar a través de la manifestación, deben servir un interés público y dejar otras vías alternativas de comunicación.

Por otro lado, existe la regulación administrativa. La Relatoría señala que la exigencia de una notificación previa a la manifestación no vulnera ni el

derecho a la libertad de expresión ni el derecho a la libertad de reunión. En este sentido se ha manifestado el Comité de Derechos Humanos de la ONU al sostener que el requisito de que se notifique a la policía antes de realizar una manifestación no es incompatible con el artículo 21 del PIDCP (derecho de reunión). Sin embargo, la exigencia de una notificación previa no debe transformarse en la exigencia de un permiso previo otorgado por un agente con facultades ilimitadamente discrecionales. Es decir, un agente no puede denegar un permiso porque considera que es probable que la manifestación va a poner en peligro la paz, la seguridad o el orden públicos, sin tener en cuenta si se puede prevenir el peligro a la paz o el riesgo de desorden alterando las condiciones originales de la manifestación (hora, lugar, etc). Las limitaciones a las manifestaciones públicas sólo pueden tener por objeto evitar amenazas serias e inminentes, no bastando un peligro eventual”.

“Asimismo, existen las interferencias por parte del poder judicial. La Relatoría entiende que resulta en principio inadmisibles la penalización per se de las demostraciones en la vía pública cuando se realizan en el marco del derecho a la libertad de expresión y al derecho de reunión. En otras palabras: se debe analizar si la utilización de sanciones penales encuentra justificación bajo el estándar de la Corte Interamericana que establece la necesidad de comprobar que dicha limitación (la penalización) satisface un interés público imperativo necesario para el funcionamiento de una sociedad democrática. Además, es necesario valorar si la imposición de sanciones penales se constituye como el medio menos lesivo para restringir la libertad de expresión practicada a través del derecho de reunión manifestado en una demostración en la vía pública o en espacios públicos. Es importante recordar que la penalización podría generar en estos casos un efecto amedrentador sobre una forma de expresión participativa de los sectores de la sociedad que no pueden

acceder a otros canales de denuncia o petición como ser la prensa tradicional o el derecho de petición dentro de los órganos estatales donde el objeto del reclamo se origina. El amedrentamiento a la expresión a través de la imposición de penas privativas de la libertad para las personas que utilizan el medio de expresión antes mencionado, tiene un efecto disuasivo sobre aquellos sectores de la sociedad que expresan sus puntos de vista o sus críticas a la gestión de gobierno como forma de incidencia en los procesos de decisiones y políticas estatales que los afecta directamente. "

"Por último, existen las limitaciones impuestas por los agentes públicos en el ejercicio del poder de policía. La Relatoría considera que los agentes pueden imponer limitaciones razonables a los manifestantes para asegurar que sean pacíficos o para contener a los que son violentos, así como dispersar manifestaciones que se tornaron violentas u obstructivas. No obstante, el accionar de las fuerzas de seguridad no debe desincentivar el derecho de reunión sino protegerlo, por ello también la desconcentración de una manifestación debe justificarse en el deber de protección de las personas. El operativo de seguridad desplegado en estos contextos debe contemplar las medidas de desconcentración más seguras y rápidas y menos lesivas para los manifestantes.

La Relatoría señala que los agentes no pueden arrestar a los manifestantes cuando éstos se están manifestando en forma pacífica y legal. Sólo si la conducta de los manifestantes es legal pero es razonable pensar que va a causar violencia al interferir con los derechos o libertades de otros, entonces los agentes pueden tomar medidas para prevenirlas, siempre y cuando dicha conducta instigue o provoque violencia, no bastando un mero desorden".

Parámetros regulatorios

Si analizáramos resoluciones de la Corte Europea o de la de los Estados Unidos, veremos que se

mencionan cuestiones tales como "ejercicio razonable", "manifestaciones pacíficas", "sin armas" por una parte, y "regulaciones neutrales", "regulaciones de modo, tiempo o lugar" en otras.

El punto a considerar es si efectivamente la neutralidad de las regulaciones reconocerá las diferencias de condiciones de producción de esas manifestaciones, así como la presencia real o visibilidad que las mismas pueden o no alcanzar para ese sujeto colectivo que tiene derecho a escuchar y saber qué es lo que dicen los manifestantes, tal como enseña la Corte Interamericana.

Lo dicho en cuanto a que la neutralidad de las regulaciones (en esto Owen Fiss¹³ y Roberto Gargarella¹⁴ han sido más que claros y prolíficos) pueden implicar notorias discriminaciones si entendemos que los Estados tienen sólo obligaciones de abstención respecto a la protección del derecho a informar e informarse del cual se predica su universalidad. Para ser más claro, la falta de cumplimiento de obligaciones de prestación en defensa de la universalidad del derecho a la información, aún por medio de estos nuevos sujetos que ocupan los espacios públicos, implicará consolidar la voz pública de sólo aquellos que tienen medios como para hacerse oír.

La criminalización de estas búsquedas de canales legítimos de expresión a través de la sanción o aplicación de leyes, entendemos, en la medida en que impongan responsabilidades (restricciones en términos del sistema de derechos humanos) que no sean los menos restrictivos posibles, que generen efectos paralizantes y tengan consecuencias inhibitorias, indefectiblemente irán en contra de los principios de derechos humanos que inspiran el ejercicio, tanto del derecho a la libre expresión, como de reunión pacífica.

A no equivocarnos. Lo que auspiciamos es la comprensión cabal del fenómeno de la protesta social, a la que es dable calificar como ejercicio del derecho de difundir informaciones y opiniones. Esta tesis excede con holgura el análisis del tema co-

13 "La ironía de la Libertad de Expresión" (Gedisa, 1998) o "Libertad de expresión y estructura social" Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política (2002) son algunas de sus obras que tratan este tema.

14 "El derecho a la protesta" Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005, entre otros.

mo un fenómeno del derecho sino que importa la adopción de temperamentos políticos.

Radiodifusión y discriminación

Un último tópico a considerar y que hace también a las políticas del Estado respecto de la información y la comunicación apunta a la discriminación existente respecto del acceso a los medios, y en particular a los servicios de radiodifusión.

En la casi totalidad de los países de América Latina existen restricciones directas (como en Argentina) o indirectas para que las entidades intermedias que no tengan finalidad comercial estén excluidas del pleno ejercicio del derecho a la información a través de un medio de comunicación social electrónico, en violación clara a los principios de universalidad a los que nos referimos más arriba.

En ciertos casos, aún existiendo previsión para que estos emprendimientos no comerciales puedan acceder a frecuencias, las restricciones u obstáculos se expresan mediante limitaciones al alcance de sus emisoras, como es el caso de las radios chilenas de mínima cobertura¹⁵ o en Brasil¹⁶. O a la imposición de utilizar una ubicación marginal del espectro violentando así cualquier posibilidad de pluralismo, tal como sucede también en Brasil con la autorización para un solo canal en todo el país, de los 200 potencialmente disponibles. Es usual verificar que las radios no comerciales están impedidas de formar redes transitorias o permanentes, lo que conspira claramente contra la posibilidad de difundir eventos de trascendencia nacional o regional, en clara discriminación frente a otros usuarios.

Se le suman exclusiones a la posibilidad de conseguir recursos genuinos emergentes del reconocimiento de la creación intelectual o artística que desarrollan. Esta discriminación respecto a otras formas jurídicas se establece especialmente para las radios gestionadas con fines sociales en casi todos los países (con excepción de Colombia y Venezue-

la, con algunas limitaciones y, recientemente, Ecuador) confinando a las radioemisoras no comerciales al amateurismo y limitando su capacidad de independencia.

También es posible constatar la existencia de regímenes de subasta como único mecanismo de otorgamiento de frecuencias radioeléctricas, como en Guatemala¹⁷ y en Paraguay¹⁸, en los cuales el factor económico no sólo es preponderante, sino único. Este procedimiento fue -en ambos casos- duramente objetado por la Relatoría de Libertad de Expresión y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁹, por entender que la fortuna económica no debe ser criterio para las decisiones oficiales de extender autorizaciones de uso de espectro para el ejercicio del derecho a informar y ser informado.

Tanto más grave son las previsiones legales y reglamentarias por las cuales los radiodifusores de emisoras que sean propiedad de entidades intermedias tienen limitaciones de contenido, puesto que se las destina de modo excluyente a tratar determinadas temáticas. Las cláusulas típicas en esta materia son las que obligan a difundir exclusivamente temáticas educativas, culturales o sociales como si se trataran de propagandistas y no de medios de comunicación social. Así ocurre en varios países de la región²⁰.

Finalmente, aunque no por ello menos importante, es la imposición de sanciones más graves que implican el cierre de la emisora incluido, para infracciones que para los medios comerciales sólo implicarían un llamado de atención o una amonestación en el legajo. La más palmaria de este tipo de situaciones se denota en la distinta consideración a la protección contra las interferencias perjudiciales de las que gozan plenamente las emisoras comerciales y no las de la sociedad civil, significando ello una clara violación a la igualdad ante la ley²¹.

Aunque algunas veces las leyes, y las propias constituciones, reconocen el acceso en igualdad de

15 Solamente 1 vatio, según la Ley 18.168 artículo 3, lo que permite un alcance de unas pocas cuerdas.

16 La ley N° 9612 establece un máximo de 25 vatios, pero el reglamento (Decreto 2/98) es más restrictivo aún: sólo permite la libertad de expresión en un radio de 1 kilómetro.

17 Decreto 94/96. Arts. 61, 62 y concordantes.

18 Ley 642, Artículo 70 al exigir pago por única vez como requisito de acceso, sin perjuicio del canon del 1% anual.

19 Informe CIDH especial sobre Guatemala OEA/Ser.LV/II.111, 6/4/2001, punto 30 y sobre Paraguay OEA/Ser.LV/II.110 doc. 52, 9/3/2001, punto 53.

20 Por ejemplo, en Perú (D.S. No. 013-93, Artículo 99).

21 Es el caso de Brasil: Dto. Reglamentario 2/98, Artículo 27.

oportunidades, los reglamentos específicos y requisitos, incluyen condiciones que limitan fuertemente o impiden esa posibilidad. Es el caso de la exigencia de umbrales técnicos o económicos para el acceso a la participación de los sistemas de adjudicación, que se vuelven infranqueables para las emisoras pequeñas²². También en situaciones donde se exige tener una naturaleza social específica para postular, afectando la libertad de asociación²³.

Junto con esas disposiciones explícitas de los marcos legales vigentes, las prácticas administrativas en su aplicación aportan nuevas fuentes de discrecionalidad y discriminación. La ausencia de mecanismos justos, democráticos y, sobre todo, transparentes, permite que las frecuencias radioeléctricas sean entregadas como verdaderos ducados para amigos políticos o empresarios cercanos al poder²⁴.

Sin perjuicio de ello, pueden destacarse algunas reglamentaciones auspiciosas en cuanto al acceso a las frecuencias radioeléctricas²⁵, así como modificaciones legales recientes tendientes a incorporar pautas de aplicación de mejores políticas hacia los radios no comerciales como la legislación ecuatoriana que elimina discriminaciones de contenidos y acceso a la recaudación publicitaria²⁶, o decisiones gubernamentales que comienzan a resolver parcialmente esta situación discriminatoria, como en Paraguay²⁷.

De tal modo, las exclusiones a sectores determinados de la sociedad civil por el sólo hecho de su conformación jurídica presenta un grado de violación a los derechos humanos en el sistema interamericano que excede de las previsiones vinculadas a la libertad de expresión, al igual que las restricciones en materia de contenido, alcance y financiamiento por esa misma causa.

En el sentido expuesto, también la Relatoría de la OEA entiende que "... los Estados en su función de administradores de las ondas del espectro radioeléctrico deben asignarlas de acuerdo a criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades a todos los individuos en el acceso a los

mismos. Esto precisamente es lo que establece el Principio 12 de la Declaración de Principios de Libertad de Expresión" (Informe 2002).

Apoyado en este criterio, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió en dos juicios promovidos por la Asociación Mutual Carlos Mugica (Radio La Ranchada de Córdoba) y Cooperativa de Servicios Públicos y Sociales de Villa Santa Rosa de Río Primero que el artículo 45 de la ley 22.285 (heredada por la democracia desde 1980 y a la fecha sin modificaciones en estos tópicos) es inconstitucional y violatorio del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Entre los considerandos de ambas resoluciones, la Corte dice que esa norma jurídica "impone cuál debe ser el espíritu que debe animar a quienes conforman tal organización colectiva (las que operan un servicio de radiodifusión), sin que se sustente en un motivo suficiente que justifique que ciertas entidades de bien público se puedan desarrollar en una actividad que es cultural por esencia", según precisó la Corte.

La decisión de la Corte implica que mutuales, cooperativas, radios comunitarias y otras asociaciones civiles aún sin fines de lucro tienen derecho a acceder a la titularidad de licencias de radiodifusión, en tanto que se precisó que el polémico artículo "en cuanto impide que la demandante participe en concurso para la obtención de una licencia por no constituirse en una sociedad comercial, resulta violatorio de la Constitución Nacional y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

"La organización comercial y empresarial de la radiodifusión para lograr mayor efectividad y eficiencia del servicio... no desplaza la posibilidad de que personas jurídicas, sin fines de lucro, que contribuyen al desarrollo del bien común puedan tener acceso a tales medios de comunicación", enfatizaron los magistrados.

En este sentido, el superior tribunal consideró que esa reglamentación es "arbitraria" pues exclu-

22 Tal el caso de México por los requerimientos de contar con cierto equipamiento de difícil acceso o la necesidad de contar con avales técnicos de difícil acceso para las comunidades pobres.

23 Venezuela, Decreto 1521, 3/11/2001, Artículo 2°.

24 Uruguay.

25 Colombia y Venezuela: Decreto 1446/95 y Decreto 1521.

26 Decreto Supremo 256-A y sus posteriores reformas.

27 Resolución 2002/2002, de la CONATEL que abrió la posibilidad de normalizar más de cien emisoras de baja potencia.

ye “de un modo absoluto, sin sustento en un criterio objetivo razonable, a determinadas personas jurídicas de la posibilidad de acceder a una licencia de radiodifusión, por no haberse constituido en una sociedad comercial”.

En este último acuerdo la Corte desestimó el recurso deducido por el COMFER con los votos de los ministros Carlos Fayt, Augusto Belluscio, Enrique Petracchi, Antonio Boggiano, Adolfo Vázquez, Guillermo López y Juan Carlos Maqueda, en tanto que Moliné O’ CONNOR lo hizo en disidencia manteniendo su postura al igual que en el fallo anterior.

El Congreso de la Nación, aunque de modo imperfecto en el procedimiento, se ha hecho cargo de esta decisión al reformar parcialmente el artículo 45, que en su redacción anterior prohibía a las entidades sin fines de lucro ser licenciatarios. Esta restricción se estableció ahora para quienes con fines de lucro prestan servicios públicos monopólicos. Lo que nos pone en plena discusión sobre la aptitud de las telefónicas para ser licenciatarios de servicios de radiodifusión ante la aparición del llamado “triple play” y la aparición de la TV Digital que habrá de dar servicios de valor agregado.

Nuevamente, la discusión no es meramente legal. Cada decisión encierra voluntades políticas.