

LIBERTAD DE EXPRESION Y SUS LIMITES: Realidades y perspectivas hacia un debate publico vigoroso, lucido y amplio

Por la Dra. Michelle Suarez Bertora
Colectivo Ovejas Negras

En esta disertación encararemos la consagración constitucional de la libertad de expresión como derecho fundamental y su regulación actual, incluyendo sus perspectivas de futuro. Tomando especialmente en cuenta la protección de derechos de grupos sociales que por distinto motivo se encuentran en cierta desventaja o vulnerabilidad social.

Si analizamos el ordenamiento jurídico uruguayo y seguimos al Maestro Cassinelli Muñoz, podemos decir que nuestra Constitución en la “Sección sobre Derechos, Deberes y Garantías” establece mas que una enunciación de derechos, una enumeración de bienes humanos. Mientras la realidad muestra al ser humano en situaciones fácticas de interés satisfecho (“goce”) o insatisfecho. Siendo la satisfacción del interés, el goce de un bien, empleando esta palabra en el sentido de “bien jurídico protegido”. Entre los bienes humanos se destacan algunos que se consideran esenciales a la naturaleza humana, cuya insatisfacción seria inhumana, y que por ende, enfocado el ser humano como persona en sentido jurídico, dan nacimiento a la categoría jurídica de derechos subjetivos inherentes a la personalidad humana (art 72 Constitución), que a su vez son protegidos y consagrados por fuentes supraconstitucionales, perteneciendo al jus cogens internacional, como son: la vida, el honor , la libertad , la seguridad , el trabajo y la propiedad.

Adviértase que esa enunciación no es una enunciación de derechos, es una enunciación de bienes humanos y como tal debe ser interpretada. Es decir que estamos hablando de la vida, no del derecho a la vida, del honor, no del derecho al honor, de la libertad como posibilidad de opción, no del derecho a la libertad, de la seguridad, no del derecho a la seguridad, y así sucesivamente. Por lo tanto, cuando nos referimos a la posible privación “de esos derechos”, aludimos a los únicos derechos mencionados concretamente, esto es, al derecho a ser protegido en el goce de la vida , al derecho a ser protegido en el goce del honor, etc.”

Por tanto, cuando consideramos lo preceptuado por el art 29 de la Constitución: “*Es enteramente libre en toda materia la comunicación de pensamientos por palabras, escritos privados o publicados en la prensa, o por cualquier otra forma de divulgación, sin necesidad de previa censura; quedando responsable el autor y, en su caso, el impresor o emisor, con arreglo a la ley por los abusos que cometieron.*” Debemos tomar en cuenta que la protección en el goce de este derecho específico también es regulable y hasta limitable bajo ciertas circunstancias y formas. Lo cual no necesariamente aparejara que los mismos sean menoscabados. Principalmente si entendemos que el ordenamiento es al fin y al cabo un sistema donde se sopesan un abanico de derechos, no jerarquizados entre si, indivisibles y complementarios mutuamente.

Claro que, una vez consagrados los mismos, le corresponden al Estado las obligaciones de respetar, proteger y cumplir con la realización de los mismos.

Implicando para el Estado, respetar los derechos, el abstenerse de actuar de cualquier modo que interfiera en el disfrute de los derechos de las personas. Mientras la obligación estatal de proteger los derechos implica impedir que terceras partes

interfieran en el ejercicio de los derechos humanos. El hecho de que un tercero impida a otros el ejercicio de sus derechos constituye por parte del Estado una falta por omisión. En tanto que la obligación estatal de cumplir o satisfacer el ejercicio de los derechos humanos significa tomar acciones concretas y progresivas para facilitar el disfrute de los derechos. Esto puede hacerse por vía de acciones dirigidas a fortalecer la capacidad de las personas o grupos para ejercer sus derechos (por ejemplo implementando programas de capacitación laboral para facilitar a la ciudadanía el acceso a un trabajo digno), o bien proveyendo los medios necesarios para el disfrute de los derechos (por ejemplo, otorgando alimentos a la población o proveyendo una forma de acceder a ellos, como mediante una tarjeta que se pueda cambiar por alimentos, cumpliendo con el derecho a la alimentación)

Estamos bajo estos conceptos siendo convocados, incluso obligados a reencaminar la naturaleza del Estado, planteándonos si acaso deba jugar un papel preponderante en asegurar la libertad de expresión y cual sería ese camino en caso afirmativo. Acaso simplemente no perturbando ni dejando que otros perturben esta libertad fundamental, como un juez y gendarme, o dando un paso más, asegurándose del desarrollo pleno de este derecho en razón del interés social. Concediendo a la igualdad un lugar, tan importante como el concedido a la libertad y reconociendo a la vez el rol del Estado en la procuración de dicho valor.

Cuestión que va de la mano con los objetivos de satisfacer las necesidades mínimas de los económicamente desfavorecidos – proveyéndolos, aunque en ocasiones de manera inadecuada, de alimentos, vivienda y cuidado médico. En todas estas políticas de bienestar, como las medidas sobre derechos civiles, implican una concepción de igualdad sustantiva y no meramente formal. Donde exista para todos los ciudadanos un piso necesario desde el cual se pueda dar el puntapié inicial de un desarrollo de la personalidad pleno.

Las amenazas a la libertad de expresión no necesariamente deben de provenir del Estado, sino que muchas veces pueden estar originadas en agentes privados. De esta forma la idea de que la protección de la integridad del discurso público – que asegure que el público escuche todo lo que debe escuchar- es un fin permisible del Estado. En este caso el fin resulta ser una concepción de democracia que demanda que el discurso de los “poderosos” no acalle o impida la expresión de los “débiles”.

El tipo de regulación considerada sería aquella que promoviera la libre expresión de las mujeres, de las minorías, de los pobres, etc. Sin embargo hay, algo más de por medio. El Estado no está tratando de arbitrar entre los intereses de expresión de los grupos, sino tratando de preservar la solidez del debate público – de establecer las precondiciones necesarias para el autogobierno de la colectividad, asegurando que todas las posturas sean presentadas al público. Si esto pudiera lograrse simplemente mediante el otorgamiento de poder a los grupos débiles, entonces esto sería lo único necesario, pero las regulaciones del tipo que estamos considerando se sustentan en la idea de que en ocasiones es necesario disminuir las voces de unos para que pueda ser escuchada la voz de otros.

Se atiende a la demanda de sectores vulnerables para que tengan una oportunidad plena y equitativa de participar en el debate público, subyaciendo como central la demanda de su libertad de expresión. Mas aun, el Estado honra esas demandas no por sus valor intrínsecos o por el mérito de las perspectivas que plantean, ni porque el derecho de expresión de uno sea superior al de otros, sino solo porque debe preservar la apertura e integridad del debate público. Lo que motiva la acción del Estado no es tanto el interés de los individuos por expresarse, sino el interés de la audiencia - la ciudadanía- por escuchar un debate pleno y abierto de los asuntos de importancia pública

La frase “libertad de expresión” implica un entendimiento organizado y estructurado de la libertad. De forma que nos preocupe por igual tanto que el Estado o los particulares usen su poder para inducir resultados específicos en los debates públicos. Deberíamos reconocer que el Estado podría verse en la necesidad de desfavorecer a algunos de los oradores – el quemador de cruces, el pornografista, y el político dispendioso – con el propósito de asegurar que todas las partes sean escuchadas. En este sentido, el Estado estaría actuando como un moderador “justo” que hace juicios de contenido de esa capacidad. Por lo tanto la distorsión del resultado por efecto del ensanchamiento del debate no es motivo de preocupación. No hay nada malo en ello. Lo que la democracia exalta no es solamente que las decisiones sean públicas sino que las decisiones públicas sean tomadas bajo condiciones de plena información y de adecuada reflexión.

No olvidemos que una de las primeras funciones de la Constitución es la garantía de un concreto sistema de gobierno, y este no es otro que el democrático, entendido como aquel “que atribuye la responsabilidad final al público para que decida cómo quiere vivir”. Pudiendo especular, por nuestra parte, respecto de la conexión “mediata” de la elección con la información previa de quien elige. El respeto por la elección de una mayoría disminuye considerablemente cuando sabemos que la elección fue hecha apresuradamente, bajo fuerte presión, sobre la base de una información defectuosa o sin una adecuada consideración de las alternativas. Una verdadera democracia supone una cierta dosis de ilustración ciudadana. Por tanto la libertad de expresión no es un fin en sí mismo, bajo este criterio, sino un instrumento que sirve, antes que para garantizar los intereses particulares de los ciudadanos concretos, para asegurar el mantenimiento de la democracia y, sobre todo, de su principio fundamental, el de la elección meditada. Sin que se menosprecien otras funciones del derecho, como el garantizar el libre acceso a la información como derecho humano básico, y corolario de una libertad de expresión plena, dentro de una relación comunicacional en que el receptor es tan importante como el emisor. El propósito de la libertad de expresión bajo esta luz, no es la autorrealización individual sino más bien la preservación de la democracia y del derecho de un pueblo, en tanto pueblo, a decidir qué tipo de vida quiere vivir. La autonomía es protegida, no por su valor intrínseco, como podría insistir un kantiano, sino como un medio o instrumento de autodeterminación colectiva. Permitimos a las personas que hablen para que otras puedan votar. La expresión de opiniones permite a las personas votar inteligente y libremente, conociendo todas las opciones y poseyendo toda la información relevante.

Así la propiedad privada (inevitable, en todo caso) de los llamados medios de comunicación social no garantiza que el debate público pretendido se vaya a producir; al contrario, puesto que la oportunidad para la comunicación es limitada y que no todos disponen de los medios para llegar al público, en la realidad nos encontraremos con un debate que tendrá la impronta de aquellas fuerzas que dominan la estructura social. El mercado —aun el que opera de un modo suave y eficiente— no asegura que todas las opiniones relevantes serán oídas, sino sólo aquellas que son defendidas por los ricos, por quienes pueden pedir préstamos de otros o por quienes pueden confeccionar un producto que atraerá suficientes anunciantes o suscriptores para mantener la empresa. Además, el mercado tenderá a restringir y limitar las materias que son aireadas públicamente, con lo que evidentemente se debilitará la capacidad del público para una elección meditada.

Los grandes medios de comunicación, los que dominan la audiencia, operan así en un doble sentido: en primer lugar, privilegian determinadas voces (restricción de los titulares de la libertad de expresión), lógicamente las procedentes de los accionistas (o de quienes están en condiciones de serlo) de la empresa informativa, pero también las

elegidas por los propietarios de las agencias publicitarias, primera (si no única) fuente de financiación de los medios; en segundo lugar, privilegian determinados contenidos (restricción de la información ofrecida al público), favoreciendo los que redunden en la rentabilidad o la eficiencia, lo que normalmente tiene poco que ver con las necesidades democráticas del electorado.

De esta forma, no resulta ser siempre el enemigo de la libertad de expresión el poder público. Y que el Estado promueva ese tipo de decisiones es algo que no debemos objetar sino aplaudir.

La pregunta sería a esta altura de nuestro desarrollo, si la igualdad como derecho y principio rector de nuestro ordenamiento si admite limitaciones, ya que si todos los derechos pueden ser regulados, incluso la libertad de expresión como tal. También lo podría ser la igualdad. Lo cual nos podría plantear la hipótesis teórica de la supresión de la protección en el goce de distintos bienes jurídicos en pie de igualdad. Pues bien que responde nuestro derecho respecto a la posibilidad de limitar ese mentado “acceso igualitario”.

Para ello debemos incorporar el concepto de los llamados derechos subjetivos perfectos, absolutos, no limitables, o “derechos subjetivos inmunes a la potestad legislativa” como lo es el derecho a la igualdad (art 8 de la Constitución).

De esta manera, de la misma forma que cuando tenemos a un particular frente a cualquier ser humano titular de derechos subjetivos, el primero es un obligado – posición jurídica correlativa a la de derecho subjetivo-, entre esos obligados puede aparecer la persona jurídica Estado. Situación que en principio solo tendría excepción frente al legislador ordinario tal como dijimos antes –es decir en definitiva también el Estado, pero el Estado a través del ejercicio de la función legislativa formal y no cualquier otro acto del Estado - que es competente según la misma Constitución, para definir los límites concretos de los derechos fundamentales y por consiguiente frente a este no habría una delimitación precisa del alcance de los derechos fundamentales que permita decir que la ley ordinaria no tiene potestad para recortar o privar del goce de un derecho fundamental en determinados casos

Ahora la situación cambia si nos encontramos frente a los derechos subjetivos perfectos antes mencionados, como la igualdad – que en nuestra Constitución resultan excepcionales - donde el Estado legislador carece de potestad reguladora o limitadora, en cuyo caso no resulta procedente siquiera el procedimiento de la declaración de inconstitucionalidad sino que directamente, ante la carencia de potestad limitadora por parte del legislador, su ejercicio es un ejercicio de un poder inexistente y por consiguiente puede ser calificado como ineficaz.

Pues bien en nuestro ordenamiento jurídico la igualdad es un principio que conforma la legalidad en sentido amplio del Estado constitucional de derecho limitando y vinculando al poder legislador, excluyendo o imponiéndole determinados contenidos en su accionar.

No puede admitirse en análisis jurídico que determinados derechos no puedan ser gozados en pie de igualdad en función, por ejemplo, del color de piel, etnia, origen nacional, sexo, orientación sexual o identidad de género, de los individuos.

Por tanto la relación del principio de igualdad y la norma legal conlleva no solo la igualdad “en la ley” – que los todos los individuos abarcados por el supuesto de hecho descrito en la misma y cuyo acaecimiento en la realidad fáctica implica una consecuencia jurídica, sea igual para todos ellos – y la igualdad “ante la ley” – cuando se debe aplicar la norma legal, se juzgue a todos los individuos en pie de igualdad sin distinciones arbitrarias -, sino también la igualdad “por la ley”, o sea que la norma sea

un instrumento de inclusión social que trate de dar herramientas para la transformación de la sociedad y por tanto un acceso real al goce de los derechos ciudadanos.

Todo nuestro planteo conlleva a tomar como primera conclusión que si la libertad de expresión tiene por principal misión garantizar un debate público desinhibido, vigoroso y completamente abierto y si a ese debate no puede llegar la sociedad autónomamente, por encontrarse presa de las fuerzas económicamente dominantes, que siguen la lógica del beneficio y no los imperativos de la democracia, se exige al Estado intervenir sobre los medios de comunicación más poderosos, con el único fin de corregir las disfunciones del sistema económico y social y lograr la consecución del pretendido debate público, esencial al menos para la práctica de una elección meditada. De esta forma, el Estado se presenta con una nueva faceta, “activista”, muy distinta a la tradicional, como un garante de la libertad de expresión mediante acciones afirmativas permanentes y sistemáticas.

Este sería el corolario de una concepción de la libertad de expresión como *libertad funcional*, establecida no en favor de un individuo particular sino, una vez más, para garantizar el tan traído y llevado debate público.

Pues bien, nos resta ante esta primera conclusión repasar brevemente cual es la legislación referente a libertad de prensa en nuestro país.

La L. 16099 establece en su art 7 que: “*Toda persona física o jurídica de derecho público o privado puede ejercer ante el Juzgado competente el derecho de responder a una publicación o cualesquiera otros medios de comunicación pública **que la haya afectado por informaciones inexactas o agraviantes**, sin perjuicio de las penas y responsabilidad civil a que pueda dar lugar la publicación, noticia o información que provoca la respuesta*”. Y continúa estableciendo en su art 19: “*Constituye delito de comunicación cometido a través de los medios de comunicación, la ejecución en emisiones, impresos o grabaciones divulgados públicamente, de un hecho calificado como delito por el Código Penal o por leyes especiales, siempre que la infracción quede consumada en cualesquiera de aquéllos. También se tipifica como delito de comunicación y se castiga con tres meses de prisión a dos años de penitenciaría:*

A) *La divulgación a sabiendas de noticias falsas que ocasionen una grave alteración a la tranquilidad pública o un grave perjuicio a los intereses económicos del Estado o a su crédito exterior;*

B) *La instigación al vilipendio de la Nación, del Estado o sus Poderes.*”

Por otro lado contamos con lo tipificado en los art 333, 334 y ss. del Código Penal que disponen en el caso de la difamación: “*El que ante varias personas reunidas o separadas, pero de tal manera que pueda difundirse la versión, le atribuyere a una persona un hecho determinado, que si fuere cierto, pudiera dar lugar contra ella a un procedimiento penal o disciplinario, o exponerla al odio o al desprecio público, será castigado con pena de cuatro meses de prisión a tres años de penitenciaría, o multa de 80 U.R. (ochenta unidades reajustables) a 800 U.R. (ochocientas unidades reajustables)*”.

En el caso de la injuria establece: “*El que fuera de los casos previstos en el artículo precedente, ofendiere de cualquier manera, con palabras, escritos o hechos, el honor, la rectitud o el decoro de una persona, será castigado con pena de tres a dieciocho meses de prisión o multa de 60 U.R. (sesenta unidades reajustables) a 400 U.R. (cuatrocientas unidades reajustables)*.” Quien comete uno de estos delitos no tiene derecho a probar ni la verdad, ni siquiera la notoriedad de los hechos atribuidos a la persona ofendida, con excepción de “*cuando la persona ofendida fuere un funcionario público y los hechos o las cualidades que se le hubieren atribuido se refieran al ejercicio de sus funciones, y sean tales que puedan dar lugar a un procedimiento penal o disciplinario contra él ; cuando por los hechos atribuidos estuviere aún abierto o*

acabara de iniciarse un procedimiento penal contra la persona ofendida; cuando fuere evidente que el autor del delito ha obrado en interés de la causa pública; cuando el querellante pidiere formalmente que el juicio se siga hasta establecer la verdad o falsedad de los hechos o de la cualidad que se le hubiere atribuido ; cuando fuere evidente que el autor de la publicación o emisión obró con el ánimo de difundir un hecho éticamente reprobable o cuando resultare notorio el interés de su conocimiento por la opinión pública. Si la verdad de los hechos fuere probada, o si la persona fuere, en virtud de ella, condenada, el autor de la imputación se verá exento de pena, salvo que empleare medios o frases gratuitamente injuriosas.”

De esta forma la única reglamentación legal existente refiera a la esfera penal y su jurisdicción, área del derecho que en nuestro país se basa casi exclusivamente en la figura del criminal, de quien cometió el acto delictivo dando la espalda a cualquier pretendida consagración efectiva de la libertad de expresión como fundamento de la democracia y de un debate público equitativo.

Si tratamos de rastrear una norma que de alguna manera roce la libertad de expresión solo encontramos la L 18331 –Ley de protección de datos personales y acción de “Habeas Data” – que en sus arts 1 al 3 establecen: “*el derecho a la protección de datos personales es inherente a la persona humana, por lo que está comprendido en el artículo 72 de la Constitución de la República*”, aplicándose por extensión “*a las personas jurídicas, en cuanto corresponda*”. Siendo de aplicación “*a los datos personales registrados en cualquier soporte que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los ámbitos público o privado*”

Los datos personales o sensibles como los referidos a orientación sexual, identidad de género, enfermedades de transmisión sexual, etc, implican necesariamente el previo consentimiento informado. O sea que “*es lícito*” su manejo “*cuando el titular hubiere prestado su consentimiento libre, previo, expreso e informado, el que deberá documentarse*”.

De esta forma a grupos vulnerables como son los hombres que tienen sexo con hombres, población trans, VIH positivos, no encuentran ningún amparo para poder alzar su voz y visibilizar al igual que otros grupos sus agendas propias, en un debate público que por lo menos debería ser lo mas completo posible. Siendo menester como lo fundamentamos antes que el Estado como persona jurídica mayor tenga una actitud proactiva al respecto.

Preguntándonos seriamente cual podría ser la forma de intervención que no genere a priori una censura previa. Sugerimos casi pensando en voz alta, el que los medios de prensa del tipo que fuesen, cuando se constituyen como tales, presenten un Código de Difusión en el cual expresen desde que óptica desarrollaran las distintas agendas de actualidad. Generando reglas claras de comunicación y de establecimiento por autodeterminación que en caso de ser violadas le permitiría a organismos gubernamentales independientes apereibir y coaccionar el cumplimiento de aquellos parámetros por el propio medio prestablecidos previamente. De esta forma creemos establecer bases jurídicas solidas para una regulación de esta libertad fundamental y abrimos un nuevo debate, a través de esta ultima propuesta

Para ello en nuestro país se deben prestar servicios de calidad de corte universal, lo cual no quita que se desarrollen estrategias focales para que los distintos grupos accedan a esos servicios. Desde esta perspectiva, no se entiende al universalismo como una tendencia a estrategias de tabula rasa, sino que se aboga por un universalismo sensible a las diferencias. Se trata pues de concebir las distintas acciones del Estado – sean estas de prestación, de subsidio o de contralor- desde una única matriz universal de protección social, que puede contener en su interior acciones focales . Y es justamente el marco de derechos humanos una herramienta que permite articular en una matriz a las políticas sociales, donde el objetivo ultimo es garantizar el pleno ejercicio de derechos a todas las personas habitantes del territorio nacional

3.º) Obligaciones relativas a los contenidos difundidos por los medios,

consistentes tanto en los programas de necesaria emisión como en el tratamiento

(fundado en el principio de neutralidad) otorgado a los temas abordados.