



DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS | MARZO 2021

EQUILIBRIO ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y OTROS DERECHOS PROTEGIDOS

La libertad de expresión está consagrada en todas las constituciones del mundo y tiene consagración supranacional en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que en su artículo 19º establece que: “toda persona tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye la libertad de tener opiniones sin interferencias y de buscar, recibir y difundir información e ideas a través de cualquier medio de comunicación e independientemente de las fronteras.”

Pero esto no significa que el ejercicio de la libertad de expresión esté exento de polémica, cuando algunos puedan considerar que se han vulnerado derechos o garantías reconocidos en la Constitución o las leyes.

Así hemos visto que, en espacios destinados a la propaganda electoral en televisión de libre recepción, se han emitido contenidos que podrían considerarse lesivos por configurar discurso de odio o por atentar contra la formación de los niños.

Estos eventos, que fueron denunciados, ponen sobre la mesa, una vez más, la discusión sobre el equilibrio necesario que debe existir entre la libertad de expresión y valores como la vida y la formación de niños, niñas y adolescentes.

En otras regiones del mundo, esta discusión también presenta episodios que ponen a prueba dicho equilibrio.

Paradigmático, es el reciente caso de la plataforma Twitter que canceló las cuentas del ex presidente Donald Trump por considerar que incurrió en glorificación de la violencia. La plataforma señaló que después de evaluar el lenguaje de dos Tweets del 8 de enero de 2021, referidos a las personas que asaltaron violentamente el Capitolio el 6 de enero de 2021, se concluyó que estos Tweets pueden incluso haber incitado a la violencia. Pero por muy chocantes que hayan sido dichos tweets, existe cierta unanimidad en torno a que no es conveniente que las plataformas sean jueces que apliquen sus propias normas en estos casos.

Joan Barata, experto en libertad de expresión y jurista de la Plataforma en Defensa de Libertad de Información, cree que habría sido posible una solución menos drástica. “Lo que dice Trump no es ilegal. El juez no tendría ningún papel, pues podríamos llegar a la conclusión que se trata de un speech protegido por la primera enmienda. El debate es sobre las normas internas y si se han cumplido o no. En Estados Unidos hay una especial protección a las plataformas en lo que se refiere a sus decisiones sobre su propio contenido”, expone Barata¹

¹ <https://www.xataka.com/legislación-y-derechos/trump-twitter-gran-debate-censura-quien-tiene-poder-para-marcar-que-puede-decirse-redes-socialestaformas>
en lo que se refiere a sus decisiones sobre su propio contenido”, expone Barata

Otro caso reciente, es el de la llamada “ley mordaza”, que en España penaliza las expresiones ofensivas contra la monarquía, que ha sido denunciada como contraria a la libertad de expresión y que incluye las libertades de opinión, de información y de prensa.

En este tema se puede referir a la Ofcom, el regulador británico, que ha debido sancionar en varias oportunidades los discursos de odio de contenidos antisemitas del Islam Channel, lo que se aborda más adelante.

The Free Speech Project – Georgetown University, ha precisado que “En un momento en el que la desinformación corre desenfrenadamente, el discurso de odio contamina las plataformas de redes sociales y el impulso para erradicar los símbolos raciales y los insultos se ha acelerado, la noción de que el gobierno debería hacer más para frenar el discurso nefasto parece casi obvia. ¿Por qué no querríamos que el gobierno prohibiera la propagación de curas chifladas del coronavirus o información falsa sobre la seguridad de las boletas electorales por correo?”²

Existe un derecho internacional, codificado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuyo artículo 19, citado precedentemente, señala que: “Toda persona tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; el derecho incluye la libertad de tener opiniones sin interferencias y de buscar, recibir y difundir información e ideas a través de cualquier medio, independientemente de las fronteras”, que sin embargo, permite restricciones legales con expresiones como: “necesarias para el respeto de los derechos o la reputación de los demás, para la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. El artículo 20 prohíbe la “propaganda de guerra” y dice: “La ley prohíbe toda defensa del odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia”.¹

Según lo interpretado por el Comité de Derechos Humanos de la ONU, sobre el alcance del artículo 19º, las prohibiciones de expresión deben:

1. Ser establecidas por la ley (excluidas leyes vagas).
2. Ser necesarias (deben ser el medio menos intrusivo para lograr los fines deseados).
3. Perseguir un interés público legítimo.

Al respecto, en la página web de la FCC (el regulador) de Estados Unidos, se puede leer:

La Comisión Federal de Comunicaciones (FCC) recibe numerosas quejas de que las cadenas de televisión o radio, las estaciones o sus empleados o invitados han transmitido declaraciones políticas, económicas o sociales extremas, incorrectas o de algún modo impropias.

La ley prohíbe que la FCC intente evitar la transmisión de cualquier punto de vista. La Ley de Comunicaciones prohíbe a la FCC censurar el material de transmisión, en la mayoría de los casos, y establecer regulaciones que puedan interferir con la libertad de expresión. Las expresiones de opiniones que no implican un “peligro claro y presente de maldad grave y sustancial” tienen la protección de la Constitución, lo que garantiza la libertad de expresión y la libertad de prensa, e impide la supresión de estas expresiones por parte del órgano regulador. Según la opinión de la FCC sobre este asunto, “el interés público se satisface mejor al permitir la libre expresión de opiniones”. Este principio garantiza que se expresarán las opiniones más diversas y opuestas, aunque algunas puedan ser sumamente ofensivas.

A pesar de su importancia fundamental, la libertad de expresión no es un derecho absoluto, y en todas las legislaciones del mundo, se consideran límites relacionados con los derechos de los demás; o relacionados con el orden público, tales como, la prohibición de incitar a la comisión de actos delictivos o terroristas; prohibiciones del discurso de odio; la negación de crímenes contra la humanidad y limitaciones al discurso contra instituciones y funcionarios.³

En otras latitudes, existen más limitaciones, por ejemplo, en Ucrania, existen restricciones de contenido geopolítico⁴ y algunos países tienen reglas específicas que prohíben la interrupción del discurso público y las deliberaciones¹.

Reconociendo la importancia de proteger la libertad de expresión, la Convención Europea de Derechos Humanos establece que cualquier limitación de la libertad de expresión debe ser prescrita por la ley, ser “necesaria en una sociedad democrática” y tener ciertos objetivos enumerados, uno de los cuales podría ser la prevención de desórdenes o delitos.

La determinación de si es necesaria una restricción a la libertad de expresión “requiere la existencia de una necesidad social urgente, y las restricciones no deben ser más de lo proporcionado”.

Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que los sentimientos o incluso la indignación, en ausencia de intimidación, eran insuficientes para limitar la libertad de expresión: “Sostener lo contrario significaría que la libertad de expresión y de opinión está sujeta al veto de los interlocutores”.

La necesidad de interpretar las limitaciones a la libertad de expresión de manera restrictiva ha sido reconocida por la Corte Suprema de Argentina. La Corte Suprema de Nueva Zelanda aplicó de manera similar una interpretación estrecha del alcance de las limitaciones al discurso. Uno de los jueces definió la “conducta ofensiva” prohibida en el sentido de la ley de ese país como una conducta “capaz de herir sentimientos o despertar verdadera ira, resentimiento, disgusto o indignación, evaluada objetivamente, siempre que tenga un impacto en el orden público y sea más de lo que las personas sometidas a ella deberían tener que tolerar”. Para determinar si la limitación a la libertad de expresión está justificada, se debe realizar un balance de los intereses en conflicto, sostuvo la Corte.

Al interpretar el amplio alcance de la protección que debería aplicarse a la expresión política en Israel, la Corte Suprema de ese país ha interpretado de manera estricta los elementos del delito de insulto a un servidor público según el derecho penal de Israel. La Corte sostuvo que la prohibición se aplicaría sólo en casos excepcionales en los que la expresión “lesiona el núcleo de la dignidad humana e implique una violación sustantiva y severa del núcleo valor-moral del que el servidor público extrae la fuente de su poder y autoridad.”

La Corte Suprema de Israel ha reconocido una amplia protección de la publicación incluso de información falsa basada en una “defensa del periodismo responsable”. Esta defensa se aplica en juicios por difamación donde la publicación se realizó de buena fe, incluso si la información que contenía finalmente resultó ser falsa. La defensa se limita a los casos en los que existía la obligación de publicar; sin intención maliciosa; la publicación cumplió con estándares de periodismo responsable, cauteloso y justo; y el editor tomó medidas para evitar daños innecesarios al objeto de la publicación.

³ Esta enumeración se puede extraer de la ley Léotard, que creó el CSA (regulador) de Francia

⁴ Evidentemente existen más ejemplos referidos a países no democráticos que no han sido incluidos

² <https://slate.com/technology/2020/07/america-free-speech-first-amendment-misinformation.html>

De manera similar, la legislación francesa exime del enjuiciamiento por difamación la denuncia de buena fe de procedimientos parlamentarios o judiciales. La Cour de Cassation francesa ha declarado que la crítica al funcionamiento de las instituciones es un ejercicio válido de la libertad de expresión.

Al intentar encontrar un equilibrio entre la libertad de expresión y las prohibiciones contra la difamación y el insulto, la ley francesa ha determinado que la publicación de una declaración verdadera que se refiera a la vida privada de una persona puede, no obstante, ser difamatoria a los efectos de la responsabilidad penal.

La Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) ha manifestado su preocupación por el conflicto latente entre los discursos de odio y la libertad de expresión. Fenómenos como el aumento de la inmigración hacia Europa han generado una oleada de rechazo, agravada por la crisis de los refugiados y el terrorismo, poniendo de manifiesto el tira y afloja entre la libertad de expresión y la limitación del discurso de odio, en un continente en que la libertad de expresión, es parte de la esencia de sus democracias.

Cómo se expuso precedentemente, la Ofcom debió sancionar en varias oportunidades al Islam Channel por emisiones con contenido de odio antisemita en violación de las Reglas 2.3, 3.2 y 3.3 del Código de Radiodifusión⁵, que en resumen señala que el lenguaje ofensivo, la violencia de cualquier tipo, la incitación al odio, o el trato despectivo respecto de grupos de personas, religiones o comunidades, no debe ser incluido en los programas de televisión, excepto cuando el contexto lo justifique⁶.

Al contrario de lo que sucede en Estados Unidos, donde la primera enmienda protege el discurso falso en el mercado de las ideas, en Australia, la libertad de expresión carece de protección constitucional equivalente a un derecho personal positivo. Esta falta de protección personal para la libertad de expresión ha permitido en general restricciones más firmes a la libertad de expresión y de prensa que en los Estados Unidos, de ahí que existe consciencia de la posibilidad de que una intervención con nobles intenciones pueda tener consecuencias no deseadas. Por ejemplo, las quejas sobre transmisiones de noticias en televisión están sujetas a corregulación a través de un código de la industria supervisado por ACMA (el regulador), que no está facultado para ordenar compensaciones, aplicar multas u otras sanciones financieras por declaraciones falsas o engañosas en las noticias.

En consecuencia, en Australia se ha privilegiado un enfoque multifacético que respalde los esquemas de autorregulación y corregulación; la educación y las organizaciones independientes de verificación de datos, en el entendido, que cualquiera que sea la amenaza, no se pueden traspasar los aspectos más sensibles de las relaciones entre los medios y el Estado, sin antes examinar si la cura puede ser peor que la enfermedad⁷.

⁵ <https://www.ofcom.org.uk/tv-radio-and-on-demand/broadcast-codes/broadcast-code>

⁶ El Código de Radiodifusión de Ofcom en vigencia, cubre todos los programas transmitidos a partir de las 23:00 horas del 31 de diciembre de 2020. Sección uno: Protección de los menores de 18 años, Sección dos: Daño y ofensa; Sección tres: Crimen, desorden, odio y abuso; Sección cuatro: Religión; Sección quinta: debida imparcialidad y debida exactitud; Sección sexta: Elecciones y referendos; Sección siete: Equidad; Sección ocho: Privacidad; Sección novena: Referencias comerciales en TV; Sección décima: Comunicaciones comerciales por radio; Apéndice 1: Promociones financieras y recomendaciones de inversión; Código de promoción cruzada: Reglas de servicio del programa On Demand.

⁷ <https://www.justsecurity.org/71445/false-information-in-the-time-of-coronavirus-law-and-regulation-in-the-u-s-and-australia/>

En mayo 2019 el Secretario General de las Naciones Unidas, refiriéndose a los discursos de odio⁸, señaló:

“El discurso de odio constituye una amenaza para los valores democráticos, la estabilidad social y la paz, y las Naciones Unidas deben hacerle frente en todo momento por una cuestión de principios. El silencio puede ser una señal de indiferencia al fanatismo y la intolerancia, incluso en los momentos en que la situación se agrava y las personas vulnerables se convierten en víctimas.

Hacer frente al discurso de odio no significa limitar la libertad de expresión ni prohibir su ejercicio, sino impedir que este tipo de discurso degeneren en algo más peligroso, como la incitación a la discriminación, la hostilidad y la violencia, que están prohibidas por el derecho internacional.”

Como se puede concluir, la tensión permanente entre la libertad de expresión y los discursos de odio o terrorista y los contenidos dañinos para la niñez y la juventud, constituyen el eje central de la regulación de medios, tanto tradicionales como en las nuevas plataformas, que concentran la mayor parte de los contenidos en la actualidad, y obliga a las instituciones reguladoras a hacerse cargo de ello, tanto en las normativas del rango reglamentario que puedan dictar, como a las normas legales orgánicas que regulan dichas instituciones y finalmente en lo referido a su institucionalidad misma. Debe considerarse que la estrecha relación entre el sistema democrático y la libertad de expresión, obliga al regulador, a ser restrictivo en el alcance de las normas que dicte y en su aplicación.

En Chile, el CNTV está en una posición inmejorable para asumir el desafío de la convergencia, siendo indiscutible que se encuentra mejor posicionado que cualquier otra institución nacional, para asumir el desafío regulatorio que presentan los mercados audiovisuales convergentes.

Esta circunstancia, se explica porque el Consejo ha reunido, durante sus 50 años de funcionamiento, una gran experiencia en la supervisión de los contenidos audiovisuales emitidos por televisión abierta y de pago. Es indudable, que se requerirán ajustes, tanto de la normativa orgánica del CNTV, como de la propia estructura institucional, sin que ello obste, que el regulador natural de los mercados audiovisuales convergentes en Chile es el Consejo Nacional de Televisión.

⁸ Relacionado con las denuncias por las emisiones realizadas en espacios destinados a la propaganda electoral en televisión de libre recepción.