

INFORME ESPECIAL

Un uso abusivo del derecho a la réplica es limitante a la libertad de expresión

Viernes, 06 de septiembre de 2013

Tras la aprobación de la Ley de Comunicación, en cuyo artículo 24 se establece un procedimiento para el ejercicio del derecho a la réplica, quedan dudas respecto al nivel de subjetividad que podría tener la Superintendencia de Comunicación -un organismo que será encabezado por un funcionario que saldrá de una terna enviada por el Presidente de la República- a la hora de interpretar, calificar y determinar si procede o no el ejercicio de este derecho. Asimismo, parece no estar claro, al menos para el Estado, quién es el titular de los derechos, si son los ciudadanos, o es el mismo Estado, el cual, a través de la imposición de cadenas, ha manifestado que de esa manera ejerce su derecho a la réplica y brinda “información veraz, verificada y contextualizada” a los ciudadanos.

Para la abogada Daniela Salazar, exfuncionaria de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y catedrática de la Universidad San Francisco de Quito, la Constitución, al consagrar el derecho a la réplica “va más allá de lo que establecen los instrumentos internacionales, en tanto señala que este derecho puede ejercerse por toda persona agraviada por informaciones ‘sin pruebas’, que no es lo mismo que falsas”. “Es posible que exista información que sin ser falsa, es imposible de probar, y no por eso se genera un derecho a la réplica”.

En ese sentido, la jurista opina que la Ley Orgánica de Comunicación “incluye detalles del procedimiento para hacer efectivo este derecho, lo cual es positivo, pero incurre en error, al establecer medidas y sanciones que obligan a la publicación de rectificaciones y réplicas por información ‘no demostrada’”.

Sobre el artículo en cuestión, Salazar considera que “hay espacio para la subjetividad, lo que no es adecuado en una norma, y es aún más peligroso cuando, quien la interpreta es la Superintendencia de Comunicación, cuya independencia del Ejecutivo no es clara. La redacción es tan ambigua que permitiría que una persona podría sentirse agraviada por una opinión, cuya veracidad no puede ser demostrada, y eso sería suficiente para que el medio esté obligado a publicar su opinión al respecto. Esto es excesivo”, apunta.

Este criterio coincide con Juan Francisco Guerrero, doctor en Jurisprudencia y catedrático universitario en derecho constitucional, quien sostiene que, si bien es positivo que con la Ley Orgánica de Comunicación se establece un procedimiento para ejercer el derecho a la réplica -del que antes solo había una disposición constitucional expresa- es cuestionable que sea la Superintendencia quien decida cómo hacer efectivo este derecho. “Si una persona acude a la superintendencia, este órgano será quien determine si se ha afectado su dignidad, honra o reputación y allí entra un margen de subjetividad que es peligroso para el ciudadano, porque

finalmente, la Superintendencia es un órgano administrativo que depende del ejecutivo, y es a la vez quien determina si la persona tiene o no derecho a la réplica”.

Para Guerrero, “lo negativo es que este organismo (la Superintendencia) esté bajo control del ejecutivo y quienes tengan acceso al derecho a la réplica probablemente serán aquellos afines al régimen de turno. Hay muchos niveles de subjetividad que podría hacer que solamente los que son afines al gobierno tengan acceso a la superintendencia y por ende a ejercer su réplica”.

Al respecto, Guerrero cuestiona, además, que la Ley de Comunicación haya establecido un proceso con un ente administrativo a la hora de ejercer la réplica y no un tercero imparcial como la función judicial y que sea un juez quien determine si cabe o no el derecho a la réplica.

Cuando el derecho a la réplica limita el derecho a expresarse libremente

Salazar define el derecho a la réplica como el derecho que tiene toda persona que haya sido afectada por declaraciones falsas o agraviantes a presentar su rectificación o respuesta por el mismo medio que difundió la declaración, aunque, asegura que este derecho es, al mismo tiempo, una restricción a la libertad de expresión, pero la restricción menos gravosa, en tanto su existencia permite que se ejerza esa libertad sin que haya censura previa.

“Un adecuado balance entre estos dos derechos permite un libre flujo de ideas, con espacios para que todos puedan difundir sus opiniones y otros puedan replicar o responder si se sienten afectados. Implica entonces que el Estado debe proveer un mecanismo jurídico efectivo para que esto se cumpla de manera adecuada”, agrega.

Sin embargo, sobre este punto, la experta subraya que el derecho a la réplica es siempre una limitación al ejercicio de la libertad de expresión y el libre flujo de ideas. “Limitaciones que en algunas circunstancias puede ser legítima. Pero si se abusa de este derecho para obligar a los medios a publicar información con miras a difundir una verdad única, más aún si es la del gobierno, la libertad de expresión se ve comprometida de manera excesiva e ilegítima. Recordemos que el derecho a la libertad de expresión incluye el derecho a que a los medios no les sean impuestos contenidos ajenos”.

En este punto, cabe hacerse la pregunta de si es el Estado, o son los ciudadanos los titulares de los derechos fundamentales.

Guerrero afirma que existen algunas posiciones que consideran que el Estado es sujeto de esos derechos. Pero, la doctrina es que el Estado es el sujeto pasivo de estos y por ende, no puede actuar como un titular de los mismos ya que está

obligado a salvaguardarlos. “Personalmente creo que el Estado es el sujeto pasivo numero uno de los derechos, es el que está obligado a salvaguardarlos y resultaría un contrasentido que el obligado numero uno a salvaguardar esos derechos, alegue que le están violando, porque eso implicaría que el sistema estructurado por ese Estado no está funcionando”.

Sin embargo, el jurista apunta a que en la práctica, a la hora de determinar si el Estado es o no sujeto de derechos, va a depender de la interpretación que le den los órganos oficiales.

Para Salazar, el derecho a la réplica, como todos los derechos humanos, es una facultad de la que gozamos los seres humanos frente a la autoridad del Estado, por lo que este no goza de derechos humanos. “Las autoridades que son parte del Estado, como personas, pueden ejercer el derecho a la réplica y rectificación, pero recordando siempre que respecto de ellos existe un estándar más elevado que permite mayor libertad de expresión. Las autoridades deben permitir que se los critique, incluso que se los ofenda, es parte de su trabajo y si no les gusta deben cambiar de trabajo, no ejercer el derecho a la réplica al punto de inhibir las expresiones disidentes que son necesarias en toda sociedad democrática”.

¿Qué pasa cuando la SECOM interpone cadenas obligatorias como réplica?

Guerrero afirma que, si la Secretaría Nacional de Comunicación (SECOM) ha impuesto cadenas a los medios con el justificativo de ejercer su derecho a la réplica, está incumpliendo, no solo con el proceso establecido en la Ley Orgánica de Comunicación, sino, que estaría utilizando espacios que son públicos.

“Si el gobierno se siente un titular de este derecho, debe seguir el procedimiento establecido y solicitar su réplica ante el medio de comunicación. Utilizar los espacios obligatorios a través de una cadena no es ejercer el derecho a la réplica. Si el Estado pretende sostener que es titular de derechos, uno de los principios fundamentales de la titularidad de los mismos es la igualdad entre todos, entonces, no podría considerarse al gobierno o al Estado un sujeto privilegiado que pueda ejercer su derecho de manera inmediata, mientras que al resto de ciudadanos tienen que seguir un procedimiento.

Por su parte, Salazar va más allá y considera que “el actual gobierno confunde dos conceptos: las cadenas y la réplica. Por supuesto que el Presidente y las altas autoridades del Estado tienen la facultad de utilizar los medios de comunicación para informar a la población sobre asuntos de relevancia nacional, cuando se trate de cuestiones de orden público que requieran ser informadas de forma urgente. Incluso la Corte Interamericana reconoció en el caso Apitz Barbera (Venezuela) que ‘no sólo es legítimo sino que en ciertas ocasiones es un deber de las autoridades

estatales pronunciarse sobre cuestiones de interés público' (Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros* (párr. 131). Sin embargo, no se trata de una facultad absoluta ni discrecional. No toda información es de relevancia pública. Si yo escojo ver un noticiero o un programa de entrevistas, es porque quiero escuchar esas opiniones, y no es urgente para mí escuchar en cadena lo que una autoridad piensa sobre algo que se dijo el día anterior en ese programa. Hay una confusión total”.

Por ello, la experta subraya que “es un gran error de la Ley de Comunicación el no haber regulado adecuadamente el uso de las cadenas oficiales, para evitar su abuso. Existe una abismal diferencia entre transmitir información estrictamente necesaria para atender necesidades urgentes de información en materias de claro y genuino interés público, e interrumpir un programa para transmitir la versión del gobierno sobre un tema. Lo que es más grave, el gobierno no sólo abusa de su facultad para emitir cadenas, sino que ahora las confunde o disfraza bajo el derecho de réplica, concepto que es muy distinto. El gobierno, en sí, no es una persona y no tiene este derecho. La réplica solicitada por una autoridad de gobierno debería tener el mismo procedimiento y los mismos espacios que la réplica solicitada por cualquier otra persona. Sería inimaginable que de ahora en adelante cualquier persona pueda imponer cadenas como lo hace el gobierno, eso ejemplifica cómo las autoridades están abusando del derecho a la réplica y también de la facultad de informar a través de cadenas. Son dos potestades distintas”.

El Derecho de Respuesta dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La CADH, en su Artículo 14. Consagra el Derecho de Rectificación o Respuesta en los siguientes términos:

1. *“Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley”.*
2. *“En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido”.*
3. *“Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial”.*

Tal como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC7-87 , donde se refirió al derecho de rectificación y respuesta, este derecho se refiere a la posibilidad de toda persona que se sienta afectada por afirmaciones inexactas a solicitar que se le permita presentar a la opinión pública su posición sobre esos mismos hechos. La manera como tal derecho debe ejercerse

queda a criterio de los Estados, teniendo en cuenta que ello no debe implicar un menoscabo en el derecho a la libertad de expresión. En efecto, cuando el derecho de rectificación y respuesta se ejerce como un límite al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, aquél está sujeto a las mismas condiciones que cualquier otra restricción a este último debe cumplir para ser compatible con las obligaciones internacionales del Estado en la materia: legalidad, necesidad y proporcionalidad. Si, aplicación de las disposiciones del artículo 14 se excediera lo estrictamente necesario para tutelar el derecho a la honra y la reputación, estaríamos entonces ante una clara violación del artículo 14 de la CADH.

La rectificación y respuesta se consagra en los instrumentos internacionales como un derecho autónomo, pero importa también un límite legítimo al ejercicio de la libertad de expresión. Tal es así, que en el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ambos derechos se encuentran uno a continuación del otro.

La Corte Interamericana ha indicado que “ El hecho de que los Estados Partes puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, no impide la exigibilidad conforme al derecho internacional de las obligaciones que aquéllos han contraído según el artículo 1.1, que establece el compromiso de los propios Estados Partes de "respetar los derechos y libertades" reconocidos en la Convención y de "garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción..."

En este sentido, tanto la Corte y Comisión Interamericanas, como la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, han advertido sobre la incompatibilidad de las restricciones indirectas al libre flujo de ideas y opiniones como violaciones al derecho consagrado en el artículo 13, entendido ello como cualquier acción Estatal o privada que, encuadrándose en el marco de la estricta legalidad, tenga como fin menoscabar la posibilidad de buscar, difundir y recibir información. Al respecto, debe cuidarse de que el derecho de rectificación y respuesta no sea utilizado como un mecanismo para limitar el libre flujo de ideas, ya sea porque en su excesivo uso termina causando censura a los medios de comunicación, o porque los costos impuestos a periodistas y medios para ejercerlo sean de tal magnitud que terminen generando un efecto inhibitorio en los medios.

En cuanto a la titularidad, al estar contenido en instrumentos relativos a derechos humanos, el derecho a la rectificación y respuesta puede ser solo ejercido por seres humanos y grupos humanos. Lo anterior tiene sentido tomando en cuenta que, a su vez, el derecho a la honra que pretende tutelar también es un bien jurídico que solo poseen las personas o los colectivos de personas. En ningún caso podría argumentarse que instituciones, personas jurídicas o el propio Estado o sus órganos tienen un derecho legítimo de rectificación y respuesta, pues éstos no son titulares de derecho fundamental alguno. En particular, el Estado, al ser el principal obligado a respetar y garantizar los derechos fundamentales consagrados en instrumentos internacionales y la propia constitución, mal podría también ser titular de los mismos. Ello constituye un contrasentido que desnaturaliza el fin último de la protección internacional de los Derechos Humanos, y abre la puerta a actos de

arbitrariedad estatal. Con respecto al derecho de respuesta, cabe destacar que el fin último de éste no consiste en desmentir afirmaciones o de imponer una única verdad sobre otra. El objetivo que persigue el ejercicio de este derecho es fortalecer el debate sobre ciertos asuntos brindando a la ciudadanía la posibilidad de conocer una versión distinta sobre un mismo hecho. En este sentido, resulta irrelevante si quien solicita ejercer el derecho de rectificación y respuesta tiene la verdad de su lado o no, o si lo que propone difundir es cierto o falso. Lo que importa es que la ciudadanía conozca una posición distinta a la que originalmente fue planteada sobre una misma cuestión.

Ello no sucede con respecto al derecho de rectificación, que puede ejercerse en los casos que la información vertida por un medio haya sido falsa, y siempre y cuando esta falsedad haya sido probada ya sea por un proceso administrativo, civil o penal, o cuando quien lo solicita presente pruebas contundentes de que las afirmaciones controvertidas eran de hecho falsas. Obligar a un medio a rectificar información que no ha sido probada como falsa, constituye por tanto un ejercicio abusivo del derecho de respuesta, toda vez que los elementos para ejercerlo no se han configurado. En los casos en los que no ha podido demostrarse que la información era de hecho falsa, quien se sintiera afectado puede no obstante solicitar que se le permita ejercer su derecho a réplica.

El derecho a la réplica en América Latina

Ecuador

La Carta Magna del Ecuador, en su artículo 66 inciso 7 establece que *“Toda persona agraviada por informaciones sin pruebas, o inexactas, emitidas por medios de comunicación social, a la correspondiente rectificación, réplica y respuesta, en forma inmediata, obligatoria y gratuita, en el mismo espacio u horario”*. Asimismo, en la reciente aprobada Ley Orgánica de Comunicación, el artículo 24 establece lo siguiente: *“Toda persona o colectivo humano que haya sido directamente aludido a través de un medio de comunicación, de forma que afecte sus derechos a la dignidad, honra o reputación; tiene derecho a que ese medio difunda su réplica de forma gratuita, en el mismo espacio, página y sección en los medios escritos, o en el mismo programa en medios audiovisuales y en un plazo no mayor a 72 horas a partir de la solicitud planteada por el aludido”*. Dicho artículo también establece que *“en caso de que el medio de comunicación no viabilice por su propia iniciativa el derecho de réplica, la Superintendencia de la Información y Comunicación podrá disponer, previa la calificación de la pertinencia del reclamo, las mismas medidas administrativas establecidas para la violación del derecho a la rectificación”* Esto incluye una disculpa pública del director del medio de comunicación y multas de más del 10% de la facturación promediada en los últimos tres meses, en casos de reincidencia.

Colombia

El Artículo 20 de la Constitución colombiana dice lo siguiente: “*Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura*” En Colombia no existe el denominado derecho de respuesta a un medio de comunicación, según el cual la persona puede responder no sólo informaciones, sino también opiniones, no necesariamente falsas, inexactas ni injuriosas, con el fin de precisarlas.

Perú

El artículo 2, inciso 7 de la Constitución peruana, señala que “*Toda persona afectada por difamaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley*”

Argentina

En este país, el derecho a la réplica se encuentra reconocido en el artículo 14.1. De la Convención Americana sobre Derechos Humanos (incorporado en la Constitución argentina) Ese artículo dice así: “*Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.*”

México

En México, el derecho a la réplica se encuentra en el artículo 27 de la Ley de Imprenta que dice lo siguiente: “*Los periódicos tendrán la obligación de publicar gratuitamente las rectificaciones o respuestas que las autoridades, empleados o particulares quieran dar a las alusiones que se hagan en artículos, editoriales, párrafos, reportajes o entrevistas, siempre que la respuesta se de dentro de los ocho días siguientes a la publicación (...)*La publicación de la respuesta, se hará en el mismo lugar y con la misma clase de letra y demás particularidades con que se hizo la publicación del artículo, párrafo o entrevista a que la rectificación o respuesta se refiere”. Dicha Ley también dispone que la infracción de esta disposición se castigará con una pena, que no baje de un mes ni exceda de once, sin perjuicio de exigir al culpable la publicación correspondiente, aplicando en caso de desobediencia la pena del artículo 904 del código penal del distrito federal.

Paraguay

El Derecho a Réplica en ese país está consagrado en el **Artículo 28** de la Constitución paraguaya que establece lo siguiente: “(...) *Toda persona afectada por la difusión de una información falsa, distorsionada o ambigua tiene derecho a exigir su rectificación o su aclaración por el mismo medio y en las mismas condiciones que haya sido divulgada, sin perjuicio de los demás derechos compensatorios*”.

Bolivia

El artículo 106 de la Constitución boliviana consagra el derecho a la réplica de la siguiente manera: “*El Estado garantiza el derecho a la comunicación y el derecho a la información.*
II. El Estado garantiza a las bolivianas y los bolivianos el derecho a la libertad de expresión, de opinión y de información, a la rectificación y a la réplica, y el derecho a emitir libremente las ideas por cualquier medio de difusión, sin censura previa”.

Venezuela

El artículo 58 de la Constitución de ese país asegura que: “(...) *Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como el derecho de réplica y rectificación cuando se vean afectados directamente por informaciones inexactas o agraviantes...*”