

La última tentación digital: Olmedo Bustos vs. Chile y las nuevas tecnologías

The last (digital) temptation: Olmedo Bustos vs. Chile & the latest technologies

Matías German Rodríguez Romero
Facultad de Ciencias Sociales, Universidad Nacional de San Juan, Argentina
rodriguezmatiasgerman@gmail.com
orcid.org/0000-0002-7263-0760
Abogado
Becario de Investigación
(Universidad Nacional de San Juan)

Recepción: 7 de febrero de 2023
Aceptación: 15 de marzo de 2023

Resumen

El Caso Olmedo Bustos contra Chile, también conocido como “La Última Tentación de Cristo”, es un leading case en materia de derecho a la libertad de expresión, principalmente en torno al arte. El mencionado caso estableció las bases respecto a la prohibición de la censura previa y condenó al Estado chileno por establecer la posibilidad de la misma en su Carta Magna.

Poco más de veinte años desde aquel pronunciamiento, la realidad social de la industria cinematográfica ha cambiado bastante. Las proyecciones en salas viraron a las transmisiones en vivo por plataformas digitales; los espectadores tienen acceso a más canales de difusión de expresiones artísticas como consecuencia de la globalización; y la reducción de los costes en la filmación digital, ha facilitado la comunicación para cualquier ciudadano. Sumado a esto, los monopolios del espacio de expresión social, han empezado a modificar sus

prácticas, compitiendo con los recién llegados, es decir los medios digitales, para llamar nuestra atención.

En este contexto, en el que las redes se han vuelto plazas públicas digitales, en las que el arte se ha democratizado en gran medida y la información se distribuye casi al instante, se analizarán los lineamientos del leading case, con el propósito de hallar entre sus componentes un mapa de su aplicabilidad a estos nuevos contextos; siendo el objetivo anticiparnos a los futuros casos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) tendrá que tratar con suma brevedad.

Abstract

The case Olmedo Bustos against Chile, also known as “The Last Temptation of Christ Case”, is an outstanding case in terms of the right to freedom of expression, mainly around art. The famous case established the bases regarding the prohibition of prior censorship and condemned the Chilean State for establishing the possibility of it in its National Constitution.

Little more than twenty years after that pronouncement, reality has changed a lot. The films went from being shown in theaters to being broadcast live on digital platforms; viewers have access to many more artistic expressions from around the world because of globalization; and, due to the reduction of costs in digital filming, any citizen can communicate their ideas to thousands of people through social networks. Added to this, the former owners of the space for social expression have begun to change their practices, entering into brutal competition with newcomers (digital media) to get our attention.

In this context, in which social media have become digital public squares, in which art has been democratized to a great extent and information is distributed almost instantly, I propose to analyze the guidelines of the leading case, and search among its components a map of its applicability to these new contexts; the objective being to anticipate future cases that the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) will have to deal with very briefly.

1. El caso Olmedo Bustos c. Chile

El caso Olmedo Bustos c. Chile, es mejor conocido como el caso “La Última Tentación de Cristo”, por el nombre de la película del realizador estadounidense Martin Scorsese que fue catalizador del caso. Esta película, conocida por narrar una historia alternativa sobre la Pasión de Cristo, fue admirada y criticada a poco de su lanzamiento. Sin embargo, el hecho más significativo es que fue censurada en Chile tras una solicitud de un grupo de personas religiosas durante la dictadura de Augusto Pinochet.

Tras el retorno de la democracia, el Consejo de Calificación Cinematográfica, un órgano especial encargado de la proyección de películas en Chile, autorizó la proyección de la película; sin embargo, posteriormente un grupo de personas en desacuerdo con la medida presentaron un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, que consideró que la prohibición de la cinta era a causa de violar la garantía a los tratados internacionales de libertad de expresión.

La cuestión continuó en los tribunales nacionales hasta llegar a la Corte Interamericana, por lo que se consideró que se había violado el derecho a la libertad de expresión por parte de Chile. Como consecuencia, se ordenó al Estado a reformar su constitución, una reforma que no ha tenido efecto a la fecha de escritura de este texto.

En tal sentido, vale la pena tomar los lineamientos principales de este fallo, que resulta la base de la jurisprudencia en torno a la libertad de expresión en el Sistema Interamericano.

2. Dimensión individual y social de la libertad de expresión

Uno de los ejes más importantes del fallo es la concepción amplia del concepto de libertad de expresión, que comprende no sólo la expresión individual, sino la de difusión de ideas en sociedad.

En opinión de un doctrinario:

[L]a Corte indica que el derecho a la libertad de pensamiento y expresión debe considerarse en su doble dimensión: individual y social. La primera contempla el acceso a la información, pero también a hablar, escribir, difundir su pensamiento. (...) [L]a dimensión social comprende “el derecho de comunicar a otros sus puntos de vista, pero también implica el derecho de todos a conocer opiniones, relatos y noticias (Fernández Torres, 2019, p. 197).

Para la Corte, ambas dimensiones poseen igual importancia, y (...) considera este derecho como base fundamental de una sociedad democrática.” (Fernández Torres, 2019, p. 198).

Esta concepción amplia del Derecho a la Libertad de Expresión, que fundamenta la ilegitimidad de la prohibición de la cinta, contiene una serie de ramificaciones más amplias de las que pueden deducirse a simple vista.

En primer lugar, el concepto de libertad de pensamiento y expresión individual comprende el acceso a la información, lo que implica un reconocimiento explícito al concepto de Derecho a la Información. Asimismo, al permitir la difusión del pensamiento por cualquier medio, reconoce las libertades artísticas, así como posibilidad de la crítica, la sátira y la protesta, como medios válidos del ejercicio de libertad de expresión.

Por otro lado, el concepto de libertad de expresión social es aún más amplio, autorizando la discusión de estas ideas de manera pública, por el medio que sea, sin que las mismas estén sujetas a censura previa. Este reconocimiento, no solo implica que el particular que haga uso de su libertad, sino también la posibilidad de que toda persona tenga acceso a este tipo de expresiones, sin limitaciones más allá de las reconocidas en el mismo texto del artículo catorce del Pacto de San José de Costa Rica.

3. Censura permitida

En segundo lugar, el fallo implica una interpretación de la “censura permitida” dentro de los parámetros de la Corte, esto es, los medios por los cuales podría sancionarse una expresión que sea considerada de alguna manera peligrosa.

En gran medida, podemos resumir que existen tres medios por los cuales el Pacto de San José de Costa Rica permite restricciones a la Libertad de Expresión, y estos son, en los términos del mismo fallo: “las responsabilidades ulteriores, la regulación del acceso de los menores a los espectáculos públicos y la obligación de impedir la apología del odio religioso.” (CIDH, 2001, p. 24)

La primera es la más conocida, la responsabilidad ulterior por los dichos propios, y solo en los casos previstos en el art. 14 inc. 2, siendo estos por el derecho al honor de otras personas, o por la protección de la seguridad nacional, orden público o salud o moral públicas. Los otros dos también son reconocidos en los siguientes incisos, siendo el de la protección moral de las infancias y adolescencias (inc. 4), y la apología de la guerra o del odio (inc. 5).

A pesar de ello, en la opinión de la Corte, “la censura previa impuesta a la película “La Última Tentación de Cristo” no se produjo en el marco de las restricciones o motivaciones previstas en la Convención.” (CIDH, 2001, p. 24).

Finalmente, vale la pena mencionar que el fallo comprende una suerte de reconocimiento al Derecho al Acceso a la Información, aunque en un sentido bastante más prototípico al concepto social que tiene este derecho, y a otras opiniones posteriores sobre la temática. Este reconocimiento, más amplio que el del Derecho al Acceso a la Información Pública, será vital para los casos que la Corte deberá trabajar en el futuro próximo a causa de la interconectividad actual.

4. Nuevos desafíos de la libertad de expresión

Este fallo en gran medida, es el parámetro y regla que tienen las distintas cortes locales y nacionales, como la misma Corte Interamericana, para opinar en torno a la libertad

artística. Sin embargo, en los poco más de veinte años que han transcurrido desde su dictado, una docena de innovaciones tecnológicas, situaciones problemáticas extrañas y eventos de importancia han transcurrido. Por ello vale la pena preguntarse entonces, a que hace referencia el Pacto de San José de Costa Rica al decir que “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión” (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969); o, mejor dicho, qué significado tiene esta afirmación en la actualidad.

Está claro, por ejemplo, que cuando la Convención establece en su artículo 13 la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones, nunca se consideró que pudiera existir una red global que lo permitiera al instante, con personas de todo el planeta, en casi cualquier lugar en el que nos encontremos. O que al referirse a “toda forma artística”, nunca podría haber considerado que una publicación en redes sociales, un grafiti, un dibujo digital o, incluso, un videojuego, también comprendía una expresión artística.

Con todo lo mencionado, la Convención debería ser válida a largo plazo, y quizás por eso los convencionales incluyeron aquella afirmación que, más allá de los formatos mencionados, es válido reclamar este derecho en cualquier otro procedimiento de su elección; por lo que se entiende que una expresión en redes sociales, es tan válida y tiene tanto reconocimiento a la libertad de expresión como la de un diario; más aún en un contexto donde la posibilidad de acceso a internet ha desdibujado en muchos sentido el límite respecto a quien hace periodismo.

En tal sentido, debemos considerar que, las interacciones en redes sociales plantean nuevas oportunidades y retos (...) para las dimensiones jurídicas de la libertad de expresión y del derecho a la información” (Rojas Prieto, 2013, p. 86). Se considera, en este sentido, que en internet puede haber “derechos fundamentales (...) involucrados en la utilización de esa herramienta, generando colateralmente nuevas fuentes de afectación de los mismos y, en consecuencia, generando nuevas necesidades de regulación y tutela para asegurar el acceso a la justicia” (Jaramillo & Lara, 2014, p. 7); justicia que en caso de encontrarse frustrada puede dar lugar a un reclamo internacional, por lo que el ingreso de la Corte Interamericana al debate de estas cuestiones es solo cuestión de tiempo.

En tal sentido, el debate más grave en relación a la libertad de expresión en internet sigue ocurriendo en torno a las restricciones, más aun teniendo en cuenta que las mismas no fueron concebidas, al menos desde mi opinión, para ser perennes.

A la hora de establecer responsabilidades ulteriores, la reglamentación es clara: sólo puede restringirse la libertad de expresión en torno al respeto de los derechos de los demás, o en protección del orden público, moral y la seguridad nacional. Estos controvertidos conceptos jurídicos, que son dignos de un debate más extenso, se han visto gravemente resignificados a causa de la digitalidad. El debate principal es en torno a las responsabilidades civiles, existiendo actores que atribuyen a la responsabilidad ulterior

“una doble dimensión: la de las personas que emiten efectivamente los comentarios en referencia, y la de los responsables de las [redes sociales en internet]” (Arrieta Zinger, 2014, p. 25).

Sin embargo, en torno a las otras dos restricciones mencionadas, encontramos otro tipo de problemáticas. Por un lado, está la protección moral de las infancias, que permite la censura de espectáculos públicos, cuyo debate sobre la resignificación de este concepto se beneficiaría de un trabajo específico sobre la temática.

El otro supuesto asimismo plantea una serie de preguntas desde la óptica de este leading case. En tal sentido, si bien sigue siendo válida la censura, en torno a lo que se denomina discurso de odio, o la propaganda que incite a la violencia; la apología se ha vuelto de difícil persecución, gracias al anonimato que el internet permite. En redes sociales, en foros de debate e incluso en espacios como los de la *Dark* o *Deep Web*, el anonimato hace dificultosa la tracción de los responsables. Asimismo, internet ha sido utilizado como medio de comunicación o de reclutamiento de grupos extremistas. Los distintos Estados han actuado activamente en persecución de estos, más cada persecución, fortalecerá los softwares de ocultación y viceversa.

La misma situación puede observarse respecto a los usuarios. Las plataformas digitales son en extremo poderosas, y a menudo tienen más poder que los mismos Estados para censurar discursos, promover líderes o generar relevancia. E aún más importante analizar si ellas, muchas de las cuales se encuentran situadas en territorio de la Organización de los Estados Americanos, no violan con sus protocolos las cláusulas del inciso tercero del artículo 14, al mencionar de manera enunciativa vías o medios indirectos de restricción. ¿Es un apagón digital o el cierre de internet por parte de un Estado una violación al artículo? En base a lo citado anteriormente, podría ser válido afirmarlo, y ciertos eventos que han ocurrido recientemente, puede que pronto sean materia de opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Finalmente, si existe una temática que siempre es mencionada en relación a internet es el de los Derechos de Autor. En este sentido, el acceso a información irrestricta, tiene como efecto colateral la distribución ilegal de contenido (la llamada piratería), hay temas que son relevantes para tratar. Los primeros son las revisiones de los usos educativos, la crítica y la sátira, así como demás principios que comprenden como uso legítimo en el derecho anglosajón, pero que se considera una deuda pendiente para muchos ordenamientos jurídicos (incluyendo el argentino). A lo largo del tiempo, internet ha generado plataformas para la masificación de este contenido, más la difusa línea entre estos y la piratería es constante cuestión de controversia. Lo mismo ocurre con un fenómeno propio de las redes: la cultura del remix. El remix se ha masificado como una parte intrínseca de la cultura digital, pero también es difusa línea entre la violación a la propiedad intelectual

y el uso artístico. En este ambiente, el concepto de libertad de expresión tiene una gran importancia, y las anomalías existentes pronto serán causal de controversia.

5. Fallos

La interpretación jurisprudencial genera los mismos debates. Si estamos de acuerdo en que “los medios de comunicación social juegan un rol esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004, p. 68) vale la pena debatir si a los medios no tradicionales: diarios digitales, reporteros independientes, productoras digitales, se les debe otorgar este mismo tipo de reconocimiento. ¿Qué sucede con aquellas plataformas cuya intención es desinformar, y hacen un activo trabajo de difundir información falsa? ¿Sería válido promover la intervención de las mismas?

En la misma línea, vale la pena analizar en qué nivel alcanza a las redes sociales el concepto del *ámbito de la privacidad*, del que la Corte habla en el Caso Fontevéchia ¿Es aquello difundido por las redes sociales masivas realmente privado? ¿Qué sucede en el caso de las violaciones a la privacidad que frecuentemente se producen dentro de ellas, o en los casos donde los datos privados de una persona son filtrados (el *doxing*)?

En tal sentido, siendo conscientes de que “es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información y solamente para lograr fines que la propia convención señala” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1985, p. 11), la importante anomalía que existe respecto a la digitalidad, nos deja en una posición muy incómoda. Los estados, al no legislar, han dejado el arbitrio de estas problemáticas a los “términos y condiciones”, la ley de los sitios web. Una ley, creada por una persona jurídica privada, que reglamenta las interacciones sociales por encima de los estados. Una ley, sobre la que no existen mecanismos de control, ni reglas de aplicación.

Finalmente, vale la pena reseñar que ningún otro caso que trabaje sobre libertad de expresión ha incorporado o problematizado la cuestión digital. Vale la pena preguntarse respecto a otros leading cases, ¿puede un libro digital de investigación encontrarse amparado en los lineamientos del Fallo Kimel? ¿Puede proveerse a proteger la libertad de expresión de un condenado injustamente por el delito de calumnias e injurias por una publicación digital bajo las reglas establecidas por Herrera Ulloa o Álvarez Ramos?

Teniendo en cuenta que la Corte en el Caso Ríos (2009) afirmó que la enumeración del artículo “no es taxativa ni impide considerar cualesquiera otros medios o vías indirectas derivados de nuevas tecnologías” (p. 88), está claro que la misma ha dejado las semillas plantadas para este tipo de cuestiones y dilemas sean traídas a colación en su seno.

Conclusión

En este trabajo se han presentado una serie de interrogantes que la Corte pronto tendrá que resolver. En este contexto, parece hasta casi natural afirmar la inevitable intervención del aparato de derechos humanos americano en torno a estas nuevas realidades.

En tal sentido, parece claro el paradigma de que el derecho va detrás. Esto ha sido una verdad histórica, sobre la consecuencia de hechos en primer lugar, y posteriormente la aparición del derecho para regirlo, pero con la Web 2.0, se observan situaciones de mayor gravedad. En muy poco tiempo han aparecido muchas nuevas formas de interactuar en sociedad, e incluso se han renovado sin que los Estados hayan establecido normativas a tiempo además de la ignorancia social que representó la aparición reciente de estos fenómenos. Está claro que cuando el artículo décimo tercero dejó abiertos los medios de comunicación y de restricción, hizo una enumeración enunciativa, como así también que la Corte considera desde el año 2009 que posee jerarquía para intervenir en estas cuestiones. Pero en un contexto donde cada vez más personas empiezan a considerar el acceso a internet como un derecho y no como un servicio, pronto los conflictos entre este “derecho” y los derechos históricamente reconocidos empezaran a llegar en un caudal cada vez más grande a los juzgados.

Por ello, existe la necesidad de otorgar respuestas unificadas y de jerarquía ante estas necesidades que notamos en la realidad actual. A lo largo del trabajo se han citado los problemas que las nuevas tecnologías han generado y cómo los Estados han actuado de manera insuficiente respecto a las mismas. Es en ello que el sistema de derecho interamericano aparece aquí como una posibilidad, un factor de presión y legislación mucho más poderoso que los Estados que lo componen, a los cuales pronto se les requerirá su parecer en estas cuestiones.

Referencias bibliográficas

- Arrieta Zinguer, M. (2014). Libertad de expresión y derecho a la información en las redes sociales en Internet. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, (12), 5.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. La Colegiación Obligatoria De Periodistas (Arts. 13 Y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos) Solicitada Por El Gobierno De Costa Rica”. 13 de noviembre de 1985. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. 5 de febrero de 2001. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. 2 de julio de 2004. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso Ríos y otros vs. Venezuela (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. 28 de enero de 2009. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_194_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas)”. 29 de noviembre de 2011. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso Kimel vs. Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas)”. 2 de mayo de 2008. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”. 30 de agosto de 2019. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_380_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, & Cooperación Alemana (GIZ). (2018). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 16: Libertad de Pensamiento y Expresión*. CIDH. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo16.pdf>
- Fernández Torres, E. (2019). Análisis de la sentencia en el caso La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros vs. Chile) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. FORO. *Revista De Derecho*, (31), 191-204. <https://doi.org/10.32719/26312484.2019.31.9>
- Jaramillo, P., & Lara, J. C. (2014). Derechos fundamentales en Internet y su defensa ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *ONG Derechos Digitales*, 7.
- OEA. Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)
- Rojas Prieto, J. (2013). Libertad de expresión, Internet y comunicación política en México. *El Cotidiano*, (177), 79-94.
- Teruel Lozano, G. M. (2014). Libertad de expresión y censura en Internet. *Estudios de Deusto. Revista de la Universidad de Deusto*, 62(2), 41-72.
- Scorsese, Martin. *The Last Temptation of Christ*. [Film]. EE. UU.: Cineplex Odeon Films, 1988.