

PRESENTAN AMICUS CURIAE

Sres. Jueces y Sras. Juezas del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego:

El **Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)**, representado en este acto por **Andrea Pochak**, en su calidad de apoderada, con el patrocinio letrado del **Dr. Anibal Daniel Chaparro**, matrícula provincial N° 546 CPARG (I.B. N° 124951/7), con domicilio real en la calle Piedras 547 de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires, constituyendo domicilio procesal en la calle Alem N° 1919 de la ciudad de Ushuaia, en el expediente **N° 5047/08**, caratulado “**MARTINEZ DE SUCRE, Virgilio c/MARTINEZ, Carlos José s/DAÑOS Y PERJUICIOS s/ RECURSO DE QUEJA**”, ante V.E. nos presentamos y respetuosamente decimos:

I. PERSONERÍA

Andrea Pochak es apoderada del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), tal como surge de la copia del poder que se acompaña —bajo juramento de ser fiel a su original—.

II. OBJETO

El objeto de esta presentación consiste en acercar al tribunal para su consideración al momento de resolver estos autos, un memorial en derecho que contiene principios y argumentos del derecho nacional e internacional de los derechos humanos.

Solicitamos a V.E., por medio de esta presentación, ser tenidos como Amicus Curiae para someter a vuestra consideración algunos argumentos de derecho de relevancia para la resolución de la cuestión planteada en la causa caratulada de referencia.

III. ESQUEMA DEL PRESENTE ESCRITO

En primer lugar, analizaremos el instituto del *amicus curiae*, sus orígenes y su receptividad internacional y normativa en el Reglamento sobre Intervención de Amigos del Tribunal aprobado mediante la Acordada 28/2004 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Con posterioridad, fundamentaremos la legitimidad del CELS en la cuestión debatida en el pleito, que acredita un indudable interés público para acercar este memorial en derecho a la presente causa.

Tras una breve reseña de los hechos que han llegado a conocimiento de este Tribunal, nos referiremos a los estándares que provienen del derecho internacional de los derechos humanos y a la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección aplicables al caso en cuestión. Desarrollaremos el valor de la libertad de expresión en la democracia, las restricciones legítimas y, como punto relevante, nos referiremos a la protección especial que merecen las expresiones que versan sobre asuntos de interés público.

IV. LA INSTITUCIÓN DEL AMICUS CURIAE

El memorial en derecho que presentamos se inscribe en la tradición jurídica que tanto en el derecho comparado como nacional se conoce con el nombre de *amicus curiae*. El objeto de presentaciones de este tipo consiste en que terceros ajenos a una disputa judicial —pero con un justificado interés en la resolución final del litigio—, puedan expresar sus opiniones en torno a la materia, a través de aportes de trascendencia para la sustentación del proceso judicial.

En nuestro país la presentación de dictámenes en carácter de *amicus curiae* no sólo ha sido receptado por numerosos antecedentes jurisprudenciales federales y provinciales de distintas instancias, sino que ha tenido consagración legislativa nacional y local para ciertas materias y ha sido expresamente regulado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en su Acordada 28/04, dictada el 14 de julio del 2004. Mediante esta acordada, la Corte Suprema reivindica el instituto como “un provechoso instrumento destinado, entre otros objetivos, a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia”.

Esta bienvenida innovación legislativa por parte del máximo tribunal de la Nación demuestra que la tendencia en favor de la aceptación de los “*Amicus Curiae*” por parte de los tribunales argentinos es firme e inequívoca.

Por lo tanto, nos presentamos ante V.E. con el objeto de que se nos permita acercar al tribunal argumentos jurídicos provenientes del derecho internacional de los derechos humanos aplicables a este caso.

V. INTERÉS DEL CELS EN EL PRESENTE CASO

El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) es una organización no gubernamental dedicada a la promoción y protección de los derechos humanos y el fortalecimiento del sistema democrático y el Estado de derecho en Argentina. Con este fin, el CELS ha desarrollado una variada y cuantiosa labor desde su fundación en 1979. Entre los mandatos específicos del CELS, se encuentra el de contribuir al desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos, a través de la utilización de instrumentos judiciales y cuasi judiciales de derecho interno e internacional.

Entre sus prioridades, se encuentra el fortalecimiento y desarrollo de la libertad de expresión y el acceso a la información pues constituye una de las herramientas fundamentales para construir una sociedad informada y una democracia participativa que permita a los ciudadanos ejercer el control de las instituciones de gobierno. Por ello, ha llevado adelante acciones judiciales ya sea a nivel nacional como a nivel internacional, con la fuerte convicción que tanto la libertad de recibir, como la de acceder, difundir y buscar información constituyen un requisito indispensable para el reconocimiento mismo de un Estado de derecho.

Entre las actividades impulsadas en los últimos años, se puede mencionar la elaboración de diversos documentos sobre la temática: ya sea por medio de su publicación anual¹, o en su publicación “La

¹ Publicación anual titulada *Informe anual sobre la situación de los Derechos Humanos en la Argentina*, que el CELS publica desde el año 1994 hasta la actualidad (Disponible en www.cels.org.ar).

información como herramienta para la protección de los derechos humanos², o el documento elaborado junto a otras organizaciones no gubernamentales titulado “Una radiodifusión pública para la Democracia”³.

Por lo demás, el CELS ha patrocinado numerosos casos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, denunciando la violación de los derechos fundamentales amparados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos por parte del Estado argentino. Entre ellos, el caso *Verbitsky*⁴, por medio del cual se ha logrado incidir en la derogación de la figura de desacato en nuestra legislación nacional, por vulnerar los principios esenciales sobre la libertad de expresión; o el caso *Kimel*⁵ ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha sido esencial para la despenalización de las figuras penales de calumnias e injurias. Es necesario aclarar que el proyecto de ley aprobado por el Congreso casi por unanimidad fue elaborado por el CELS⁶. Otros casos aún en trámite ante el Sistema Interamericano de Protección son los casos *Verbitsky, Sanz y Acher*⁷; *Fontevicchia y D’Amico*³; y *D’Andrea Mohr*⁸.

La amplia experiencia del CELS en esta materia es más que elocuente sobre el interés legítimo que tiene nuestra institución en la resolución de este caso.

VI. ANTECEDENTES. BREVE RESEÑA DE LOS HECHOS

El Superior Tribunal de la Provincia de Tierra del Fuego tiene que resolver un recurso en el marco de una acción de daños y perjuicios promovida por el Fiscal de Estado de la Provincia de Tierra del Fuego, Virgilio Martínez de Sucre, contra Carlos José Martínez. El Fiscal de Estado demandó a Carlos José Martínez (En adelante Sr. Martínez) a raíz de expresiones publicadas en distintos medios periodísticos, que el Fiscal reputó como lesivas de sus derechos a la honra y al honor.

En dichas notas, el Sr. Martínez criticó la actuación del Fiscal de Estado en relación a la transferencia de créditos del IPAUSS (Instituto Provincial Autárquico Unificado de Seguridad Social) del Banco de la Provincia al Fondo Residual.

Concretamente, el Sr. Martínez se refirió a la existencia de un “*pacto de impunidad*” y que el Fiscal de Estado “*no habría actuado legalmente*”. Sostuvo que “*la irregularidad que se produjo, con la ausencia de éste, en ocasión que se sancionara la ley 286*”; *dejo un juicio de 560.000.000 de pesos para aceptar 170.000.000 de pesos en bonos (...)*; *Ahora cuando tiene que defender al Estado Provincial de los grandes intereses corporativos, de los grandes intereses políticos y económicos que han vaciado la provincia no dice nada por que es cómplice*; “*porque siendo representante y defensor del Estado – y no del gobierno de turno- tiene que cumplir las leyes y hacerlas observar cuando los mismos funcionarios de gobierno causan un grave perjuicio fiscal*”.

El juez de primera instancia consideró procedente la acción promovida por el Fiscal de Estado y condenó al Sr. Martínez a pagar 20 mil pesos por daño material y moral, considerando que este último traspasó los

² *La información como herramienta para la protección de los derechos humanos*, publicada en el marco de la colección “Experiencias”, Editorial Siglo XXI, 2004.

³ Una radiodifusión pública para la Democracia”, elaborado por el CELS, ADC, FARN, Poder Ciudadano, CIPPEC, Asociación Periodistas, FOPEA, Article XIX; Octubre 2003. (Disponible en www.cels.org.ar).

⁴ CIDH, “*Horacio Verbitsky*”. Caso N° 11.012. Solución amistosa del 20 de septiembre de 1994.

⁵ Corte IDH, *Caso Kimel vs Argentina*, sentencia de fecha 2 mayo de 2008. Serie C N°. 177.

⁶ Ley 26.551.

⁷ CIDH, *Horacio Verbitsky y otros contra Argentina* - Caso N° 12.128.

³ CIDH, *Jorge Fontevicchia, Héctor D’Amico contra Argentina* -Caso N° 12.524.

⁸ CIDH, *D` Andrea Mohr*, Petición N° P-322-08.

límites impuestos a la libertad de expresión⁹. La Cámara de Apelaciones (Sala Civil, Comercial y del Trabajo) confirmó esta resolución por entender que las manifestaciones del Sr. Martínez resultaban inútilmente vejatorias¹⁰. Ante esta resolución, el demandado interpuso un recurso extraordinario de casación.

VII. ESTÁNDARES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN

VII.1. EL VALOR DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA DEMOCRACIA

La libertad de expresión y pensamiento es un derecho fundamental consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se encuentra regulado en su artículo 13 que establece el principio de universalidad del ejercicio del derecho a la información. En concreto, dicha norma reconoce el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento y de expresión, la prohibición expresa de censura y el establecimiento —cuando procediere— de responsabilidades ulteriores como únicas restricciones admisibles¹¹.

El contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión no se circunscribe únicamente a garantizar el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino que también comprende el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una doble dimensión, a saber:

“[...] Una dimensión individual, consistente en el derecho de cada persona a expresar los propios pensamientos, ideas e informaciones, y una dimensión colectiva o social, consistente en el derecho de la sociedad a procurar y recibir cualquier información, a conocer los pensamientos, ideas e informaciones ajenos y a estar bien informada”¹².

⁹ Juzgado de Primera Instancia de Competencia Ampliada, Distrito Judicial Sur. Caso “*Martínez de Sucre, Virgilio, c/ Martínez, Carlos José s/ daños y perjuicios*”. Sentencia del 29 de agosto de 2008.

¹⁰ Cámara de Apelaciones de la Provincia de Tierra del Fuego (Sala Civil, Comercial y del Trabajo), “*Martínez de Sucre, Virgilio Juan c/ Martínez, Carlos José s/ Daños y Perjuicios*”, sentencia del 27 de octubre de 2009.

¹¹ La Convención textualmente señala en el artículo 13 que: “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 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. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

¹² Entre muchos otros, Corte IDH, *Caso de Eduardo Kimel*, Sentencia del 2 de mayo de 2008 (serie C No. 177), párr. 53; *Caso de Claude Reyes y otros*, Sentencia del 19 de septiembre de 2006 (serie C No. 151), párr. 75; *Caso López Álvarez*, Sentencia del 1º de febrero de 2006 (serie C No. 141), párr. 163. CIDH; *Caso Herrera Ulloa*. Sentencia del 2 de julio de 2004 (serie C No. 107), párr. 108; *Caso Ivcher Bronstein*, Sentencia del 6 de febrero de 2001 (serie C No. 74), párr. 146; *Caso de Ricardo Canese*, Sentencia del 31 de agosto de 2004 (serie C No. 111), párr. 77; y *Caso “La Última Tentación de Cristo”* (Olmedo Bustos y otros v. Chile), Sentencia del 5 de febrero de 2001 (serie C No. 73), párr. 64.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) ha indicado que la dimensión individual de la libertad de expresión:

“[...] No se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión de pensamientos e ideas son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente¹³.

Y agregó que:

“Con respecto a la segunda dimensión del derecho a la libertad de expresión, esto es la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todos a conocer opiniones, relatos y noticias verdaderas por terceros. 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 propia¹⁴.

Asimismo, en varios pronunciamientos la Corte IDH afirmó que existe una estrecha relación entre democracia y libertad de expresión. Sostuvo así que:

“La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre¹⁵.

Similar postura han adoptado otros órganos internacionales de derechos humanos, tal como ha citado la Corte IDH al sostener que:

“Existe entonces una coincidencia entre los diferentes sistemas regionales de protección de los derechos humanos y el universal, en cuanto al papel esencial que juega la libertad de expresión en la consolidación y dinámica de una sociedad democrática. Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se comienzan a tornar inoperantes y, en definitiva, se crea el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad¹⁶.

De esta manera, la Corte IDH reconoció que la libertad de expresión y pensamiento desempeña una función crucial y central en el debate público, razón por la cual la Convención Americana le otorga un “valor sumamente elevado¹⁷”. Como lo señaló la Corte, es en interés del “orden público democrático”, tal como

¹³ Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985 (serie A N° 5), párr. 31.

¹⁴ Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa*, cit., párr. 110.

¹⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, supra, párr. 70.

¹⁶ Corte IDH, *Caso Ricardo Canese*, supra, párr. 85 y 86; en donde cita al Comité de Derechos Humanos, *Aduayom y otros c. Togo* (422/1990, 423/1990 y 424/1990), dictamen del 12 de julio de 1996, párr. 7.4; y a Comisión Africana sobre Derechos Humanos y Derechos de los Pueblos, *Media Rights Agenda and Constitutional Rights Project v. Nigeria*, Communication N° 105/93, 128/94, 130/94 and 52/96, decisión del 31 de octubre de 1998, par. 54.

¹⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, supra. Párr. 30-32.

está concebido por la Convención Americana, que se debe respetar escrupulosamente el derecho de cada ser humano de expresarse libremente¹⁸.

VII.2 LAS RESTRICCIONES LEGÍTIMAS AL EJERCICIO DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Como se ha adelantado, la libertad de expresión no es un derecho absoluto. La Convención Americana define estrictamente en qué casos y bajo qué condiciones resulta admisible la aplicación de responsabilidades ulteriores a causa de su irregular ejercicio, en tanto que la Corte Interamericana ha tenido oportunidad de precisar y resguardar la correcta interpretación de la CADH al respecto.

Así, resulta de especial valor lo decidido en el caso *Canese*, en donde la Corte IDH ha precisado la correcta interpretación de los conceptos “restricciones legítimas” y “responsabilidades ulteriores”, que aparecen en la norma en cuestión:

“[...] El derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, sino que puede ser objeto de restricciones, tal como lo señalan el artículo 13 de la Convención en sus incisos 4 y 5 y el artículo 30 de la misma. Asimismo, la Convención Americana, en el inciso 2 del referido artículo 13 de la Convención, prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de expresión, que se manifiestan a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho, *las cuales no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa*”¹⁹.

Por lo demás, siguiendo a su par europea, la Corte IDH sostuvo que, en lo que respecta a las restricciones válidas al derecho a la libertad de expresión, el concepto de “restricción necesaria” implica la existencia de una “necesidad social imperiosa”. Y agregó que no es suficiente demostrar que tal limitación es “útil”, “razonable” u “oportuna”²⁰.

Esta conclusión sugiere que la legitimidad de las responsabilidades ulteriores a la libertad de expresión fundadas en el artículo 13 dependerá de que estén previstas en una ley en sentido formal (*legalidad*); que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo o que sean necesarias para la sociedad democrática (*necesidad*); que sean adecuadas para alcanzar dicho fin (*razonabilidad*); y que cercenen, en la menor escala posible, el derecho protegido (*proporcionalidad*) y estén ajustadas estrechamente al logro de ese legítimo objetivo. Es decir, la limitación debe ser legal, necesaria, razonable, proporcional y perseguir un interés legítimo. De esta manera lo expresó la Corte IDH en el caso *Canese*:

“[...] Para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión”²¹.

Sobre los límites permisibles, conviene señalar que la Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido de manera consistente el diferente tratamiento que debe otorgarse según el objeto de la expresión se refiera

¹⁸ *Ibid.*, párr. 69.

¹⁹ Corte IDH, *Caso Ricardo Canese*, supra, párr. 95 (el destacado es nuestro).

²⁰ Ver Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, supra, párr. 46, citando a la Corte EDH, *Caso Sunday Times*, sentencia del 26 de abril de 1979 (serie A n° 30), párr. 59, pág. 35-36.

²¹ Corte IDH, *Caso Ricardo Canese*, supra, párr. 96; *Caso Herrera Ulloa*, supra, párrs. 121 y 123; Opinión Consultiva OC-5/85, supra, párr. 46. Ver también Corte EDH, *Caso Sunday Times*, supra, párr. 59; y *Caso Barthold*, sentencia del 25 de marzo de 1985 (serie A n° 90), párr. 59.

a un particular o a una persona pública como, por ejemplo, un funcionario público o referente político. El tribunal europeo ha manifestado así que los límites de la crítica aceptable son, por tanto, respecto de un político, más amplios que en el caso de un particular. Ello por cuanto aquél inevitable y conscientemente se abre a un riguroso escrutinio de todas sus palabras y hechos por parte de periodistas y de la opinión pública en general y, en consecuencia, debe demostrar un mayor grado de tolerancia²².

Así, lo aquí dicho es importante a los efectos de comprender el marco en el cual deberán adoptarse las restricciones legítimas al ejercicio de la libertad de expresión.

VII.3. EXPRESIONES QUE VERSAN SOBRE CUESTIONES DE INTERÉS PÚBLICO

Hemos sostenido que la recepción legal y jurisprudencial del derecho a la libertad de expresión en el derecho internacional de los derechos humanos ha reconocido su doble dimensión. En este contexto es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a asuntos de interés público deben gozar de un amplio margen de debate, acorde con los principios del pluralismo democrático, para garantizar el funcionamiento de un sistema en democracia.

En tal sentido, la Corte IDH en el caso *Herrera Ulloa* ha sido contundente al considerar que:

[...] Entre los objetivos centrales de la información requerida por los ciudadanos y provista por los comunicadores sociales figura, precisamente, aquella que se refiere a la ‘cosa pública’, en un sentido amplio, contemporáneo y ‘realista’: se trata de que ‘todos puedan saber lo que a todos interesa’. Existe un legítimo interés, en el que se instala un también legítimo empleo de la libertad de expresión en su vertiente informativa, en conocer lo que de alguna manera compromete a la sociedad en su conjunto, incide sobre la marcha del Estado, afecta intereses o derechos generales, acarrea consecuencias importantes para la comunidad²³.

Y acto seguido dijo que:

“Las tareas de gobierno —y más ampliamente, las actividades del Estado, a través de sus diversos órganos— no son indiferentes y mucho menos debieran ser inaccesibles al conocimiento de los ciudadanos comunes. La democracia se construye a partir de la opinión pública, debidamente informada, que con base en esa información orienta su juicio y toma sus decisiones. Así, el ingreso en el ámbito de esas cuestiones resultará mucho más holgado que el correspondiente a los asuntos estrictamente privados, propios de la vida personal o íntima, que no trascienden sus estrictos linderos. La llamada “transparencia” tiene en aquel ámbito uno de sus espacios naturales²⁴.”

También en el caso *Kimel* sostuvo, la Corte IDH:

“El control democrático a través de la opinión pública fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. De ahí la mayor tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por los ciudadanos en ejercicio de dicho control democrático. Tales son las demandas del pluralismo propio de una sociedad democrática, que requiere la mayor circulación de informes y opiniones sobre asuntos de interés público.”

²² Cf. Corte EDH, *Case of Dichand and others v. Austria*, sentencia del 26 de febrero de 2002, párr. 39; *Case of Lingens vs. Austria*, sentencia del 8 de julio de 1986 (serie A, N° 103), párr. 42.

²³ Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa*, *supra*, párr. 23.

²⁴ Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa*, *supra*, párr. 23. El destacado es propio.

En una sociedad democrática, la prensa debe informar ampliamente sobre cuestiones de interés público, que afectan bienes sociales, y los funcionarios rendir cuentas de su actuación en el ejercicio de sus tareas públicas”²⁵.

Siguiendo esta misma línea, reforzó esta idea en el caso *Tristán Donoso*, al sostener que:

“En su jurisprudencia constante la Corte ha reafirmado la protección a la libertad de expresión de las opiniones o afirmaciones sobre asuntos en los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, de conocer lo que incide sobre el funcionamiento del Estado, o afecta intereses o derechos generales, o le acarrea consecuencias importantes”²⁶.

Según la Corte Europea, “tales son las exigencias del pluralismo, la tolerancia y apertura mental sin las cuales no existe una sociedad democrática”²⁷, Y en estrecha relación con lo debatido en el presente caso, en un precedente donde se discutía la legitimidad de sanciones civiles impuestas a periodistas a raíz de la publicación de artículos en los cuales se criticaba a los jueces de un tribunal de apelación belga ‘en términos virulentos’, la Corte Europea sostuvo que:

[...] El Tribunal reitera que la libertad de expresión resulta aplicable no solo a la ‘información’ o a las ‘ideas’ que son recibidas favorablemente o que son consideradas inofensivas o que causan indiferencia, **sino también a aquellas que ofenden, conmueven o perturban al Estado o a algún sector de la comunidad**”.

Y añadió:

“Si bien los comentarios de los señores De Haes y Gijssels eran *indudablemente severamente críticos, parecen empero proporcionados a la conmoción e indignación que causaron las cuestiones mencionadas en sus artículos. En lo que respecta al tomo polémico y hasta agresivo de los periodistas*, respecto de los cuales no debe suponerse que es aprobado por este Tribunal, **debe ser recordado que el artículo 10 protege no sólo la sustancia de las ideas y de la información expresada sino también la forma en la cual aquéllas son expresadas** [...]”²⁸.

Siguiendo esta misma línea, el Comité de Derechos Humanos, interpretando el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también ha señalado que las restricciones a la libertad de expresión no deben “perpetuar los prejuicios ni fomentar la intolerancia”²⁹ y en la misma opinión remarcó la importancia especial de proteger “la libertad de expresión en lo que se refiere a las opiniones minoritarias, incluyendo aquellas que ofenden, resultan chocantes o perturban a la mayoría”³⁰.

Por último es preciso destacar que la Corte IDH concluyó en su OC-5/85:

[...] Que la Convención Americana es más generosa en su garantía de la libertad de expresión y menos restrictiva de este derecho que las disposiciones pertinentes de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y que el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos”³¹.

²⁵ Corte IDH, *Caso Kimel*, *supra*, párr. 87 y 88.

²⁶ Corte IDH, *Caso Tristán Donoso*, *supra*, párr. 121.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Cf. Corte EDH, *Caso De Haes y Gijssels v. Bélgica*, sentencia del 24 de febrero de 1997. El destacado es propio.

²⁹ Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 611/1979, *caso Hertzberg y otros vs. Finlandia*, de fecha 2 de abril de 1982.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, cit., párr. 50. El destacado es propio.

Esto último resulta de singular importancia y debe ser tenido en cuenta al momento de interpretar los criterios sostenidos por la Corte Europea en los pronunciamientos reseñados³².

VII.4. DISTINCIÓN ENTRE AFIRMACIONES DE HECHO Y JUICIOS DE VALOR

Como ha quedado establecido, cuando se debaten temas de legítimo interés público deben protegerse tanto las expresiones que son bien recibidas por la opinión pública como también aquellas que choquen o irriten a cualquier sector de la población.

Asimismo entre las expresiones que deben ser protegidas y por ende no pueden ser objeto de responsabilidad alguna se encuentran aquellas expresiones que constituyan meras “opiniones” o “juicios de valor”, ya que ello supondría una restricción al ejercicio de la libertad de pensamiento. Menos aún, cuando dichas opiniones tienen como objeto temas de interés público o general, ya que como hemos señalado ello contribuye sustancialmente a la construcción del pluralismo democrático.

En referencia a ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) sostuvo que:

“[...] No puede haber responsabilidad alguna por la crítica o la disidencia, aun cuando sean expresadas ardorosamente, ya que toda sociedad plural y diversa necesita del debate democrático, el que se nutre de las opiniones teniendo como meta la paz social”³³.

Como es evidente, la lógica que inspira esta diferenciación tiene en miras que, mientras que respecto de las “opiniones” o “juicios de valor” no puede predicarse su veracidad o falsedad y por lo tanto no pueden estar sujetos a responsabilidades, ello sí ocurre con las “afirmaciones de hechos”.

Esta distinción inicial resulta fundamental a los efectos de constatar la “veracidad” de las expresiones en uno y otro caso. Así fue reconocido en el caso *Kimel*, en donde la Corte Interamericana sostuvo que:

“[...] Como tal, la opinión no puede ser objeto de sanción, más aún cuando se trata de un juicio de valor sobre un acto oficial de un funcionario público en el desempeño de su cargo. *En principio, la verdad o falsedad se predica sólo respecto a hechos*. De allí que no puede ser sometida a requisitos de veracidad la prueba respecto de juicios de valor”³⁴.

Establecida la imposibilidad de restringir la libertad de expresión por la emisión de “opiniones” o “juicios de valor” sobre asuntos de interés público, la responsabilidad queda circunscripta a los supuestos en que la afectación al derecho al honor estuviese originada por la falsedad o inexactitud de imputaciones sobre hechos. En este sentido, la Corte IDH ha expresado que:

“Mientras que las opiniones no son susceptibles de ser verdaderas o falsas, las expresiones sobre hechos sí lo son. En principio, una afirmación verdadera sobre un hecho en el caso de un funcionario público en un tema de interés público resulta una expresión protegida por la Convención Americana. Sin embargo, la situación es distinta cuando se está ante un supuesto de inexactitud fáctica de la afirmación que se alega es lesiva al honor”³⁵.

Por otro lado, resulta preciso destacar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha sostenido que inclusive en aquellos casos en que la información se refiera a hechos concretos de probable

³² Cf. Corte EDH., *Caso Lingens*, cit., párr. 41; *Caso Handyside*, sentencia del 7 de diciembre de 1976 (serie A N° 24), párr. 49; *Caso The Sunday Times*, cit., párr. 65; *Caso Oberschlick v. Austria*, sentencia de 23 de mayo de 1991 (serie A N° 204), párr. 57; y *Caso Castells v. España*, sentencia del 23 de abril de 1992 (serie A N° 236), párr. 42.

³³ CSJN. *Caso Patitó*, cit., apartado 11.

³⁴ Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*, supra, párr.93.

³⁵ Corte IDH, *Caso Tristán Donoso*, sentencia de 27 de enero de 2009, párr. 124.

comprobación fáctica, también es imposible exigir la veracidad de la misma, ya que *es indudable que sobre un mismo hecho concreto puede existir un gran número de interpretaciones marcadamente distintas*³⁶.

La CSJN, en el mismo sentido, ha concluido que:

“[...] No se daña la reputación de éstas [las personas que ocupan cargos en el Estado] mediante opiniones o evaluaciones, sino exclusivamente a través de la difusión maliciosa de información falsa”³⁷.

En relación a la información calificada como “errónea”, la Relatoría Especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), sostuvo:

“Cualquier calificativo previo que se le imponga a la información limitaría la cantidad de información protegida por este derecho... Asumiendo inclusive que sea posible determinar la verdad sobre todas las cosas, es indudable que precisamente el debate y el intercambio de ideas es el método indicado para la búsqueda misma. Si de antemano se impone la necesidad de informar únicamente la verdad, precisamente se niega la posibilidad de efectuar el debate necesario para conseguirla. Paradójicamente, esta doctrina que considera que únicamente la verdad debe ser informada, al mismo tiempo elimina o dificulta el debate de ideas y opiniones que conducen a la búsqueda de la verdad”³⁸.

John Stuart Mill abordó el tema de las informaciones falsas o inexactas, y sostuvo que aún éstas son importantes en el debate de ideas y argumentos divergentes, por tres razones. En primer lugar, si la información es correcta, nada mejor que contraponerle información errónea para que la verdad se consolide aún más y alcance mayor difusión. Si la información es errónea, el enfrentamiento con la verdad va a mostrar claramente el error, en beneficio de la sociedad. Por último, el caso más común es cuando ninguna información es absolutamente falsa o errónea, pero ambas son necesarias para que al complementarse surja la verdad³⁹.

De lo dicho surge con claridad que el ejercicio de una democracia participativa —por medio de la libertad de expresión— requiere de un espacio de debate libre y abierto, el cual, por su naturaleza, no puede estar exento absolutamente de errores e inexactitudes. Así, la Corte norteamericana, precursora en materia de libertad de expresión y fuente ampliamente invocada por nuestros tribunales, ha sostenido que “...una afirmación errónea es inevitable en el debate libre...” y que “...éste debe ser protegido si la libertad de expresión ha de ser el “espacio vital” que las personas “necesitan... para sobrevivir”⁴⁰.

Así ha surgido entonces la doctrina de la real malicia, que fue expresada por primera vez por ese tribunal en el caso “*New York Times Vs. Sullivan*”:

“Las garantías constitucionales requieren una norma federal que prohíba a un funcionario público a ser indemnizado por razón de una manifestación inexacta y difamatoria referente en su conducta, como tal, a menos que pruebe que fue hecha con conocimiento de que eran falsas o con una gran despreocupación acerca de la verdad o falsedad”⁴¹.

³⁶ CIDH, *Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios sobre libertad de expresión*. Párr. 32. Disponible en: <http://www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=132&IID=2> El destacado es propio.

³⁷ CSJN, *Caso Patitó*, supra, apartado 8.

³⁸ CIDH, *Informe Anual 2002*. Informe de la Relatoría Especial para la libertad de expresión, Capítulo II, apartado 4 “Sobre el derecho a la información veraz”. Disponible en <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=138&IID=2>

³⁹ John Stuart Mill, *Sobre la libertad*. Traducción de Pablo de Azcárate. Biblioteca Alianza Editorial 30 aniversario. Alianza editorial, Madrid, España.

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, “*N.A.A.C.P. vs. Button*”, 371 US 415, 445, 83 S.Ct. 328, 344, 9 L.Ed.2d 405.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. *New York Times Vs. Sullivan*, 376 U.S., 255 – 1961.

Refiriéndose a esta doctrina, la CIDH en el año 2000, estableció en el principio 10 de su “Declaración sobre los Principios de Libertad de Expresión”, que:

“Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público (...) 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 estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas”⁴².

Interpretando este principio, sostuvo la Relatoría para la libertad de expresión de la CIDH, que:

“La doctrina de la “real malicia” significa que el autor de la información en cuestión era consciente de que la misma era falsa o actuó con temeraria despreocupación sobre la verdad o la falsedad de dicha información. Estas ideas fueron recogidas por la CIDH al aprobar los Principios sobre Libertad de Expresión, específicamente el principio 10”⁴³.

Y aclaró al respecto que esta doctrina:

“[...] se traduce en la imposición de sanciones civiles en aquellos casos en que exista información falsa y producida con ‘real malicia’,... es decir producida con la intención expresa de causar un daño, o con pleno conocimiento de que dicha información es falsa, o con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas. La carga de la prueba recae sobre quienes se sienten afectados por una información falsa o inexacta demostrando que el autor de la noticia procedió con malicia”⁴⁴.

Así, a los efectos de la prueba, quien acciona (ya sea un simple particular, persona con notoriedad pública o funcionario público) contra el responsable de la divulgación de información de interés público por considerarla lesiva de su derecho a la honra u honor, debe demostrar la real malicia del medio o de su autor. Es decir, que aquélla fue difundida ya sea con conocimiento de su falsedad o con notoria despreocupación sobre ello. El efecto directo es que ello ocasionará un *agravamiento de la carga probatoria*, ya que incumbe al presunto damnificado el peso de acreditar no sólo la inexactitud de la información difundida, sino también que quien difundió dicha información obró “con conocimiento de que era falsa o con imprudente y notoria despreocupación sobre si era o no cierta”⁴⁵.

De este modo, se protege a quien emite las expresiones referidas aún si la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, en cuyo caso los que se consideran afectados deben demostrar que el emisor conocía la falsedad de la noticia y obró con real malicia con el propósito de injuriar o calumnia, reconociéndole a las informaciones sobre cuestiones institucionales la presunción de legitimidad de lo publicado y la inversión de la prueba.

Es necesario recordar que la doctrina de la “real malicia” ha sido receptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde el año 1987⁴⁶ y ha sido reiterada por el Máximo Tribunal en recientes precedentes⁴⁷.

⁴²CIDH, *Declaración sobre los principios de la libertad de expresión*, 2000. Disponible en: <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos13.htm>

⁴³ CIDH, *Informe Anual de la Relatoría para la libertad de expresión*. 2002. cit.

⁴⁴ CIDH, *Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios sobre libertad de expresión*. cit. Párr. 46.

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, “*Elmer Gertz v. Robert Welch, Incorporated*”. 418 U.S. 323 – 1974.

⁴⁶ CSJN, *Caso “Costa, Héctor c/MCBA”*, sentencia de fecha 13 de marzo de 1987. Con anterioridad, en el *Caso Campillay* la CSJN habría incorporado como criterio que la atribución directa de la noticia a una fuente y su fiel reproducción, el mantenimiento en reserva de la identidad de las personas involucradas en el hecho ilícito o bien la formulación de la información en términos potenciales y no asertivos, resultan suficientes para eximir de responsabilidad a los medios de comunicación. Cfr. CSJN, *Caso “Campillay, Julio C. c/ La Razón y otros”*, sentencia de fecha 15 de mayo de 1986.

En el caso *Patitó*, la CSJN reafirmó la validez del mencionado principio en relación a las expresiones referidas a funcionarios públicos. Diferenciando ese estándar de aquel fundado en la prueba de la veracidad de los hechos, consideró que:

“[...] El principio de real malicia, a diferencia del test de veracidad, no opera en función de la verdad o falsedad objetiva de las expresiones, pues entra en acción cuando ya está aceptado que se trata de manifestaciones cuya verdad no ha podido ser acreditada, son erróneas o incluso falsas. Lo que es materia de discusión o prueba, si de real malicia se trata, es el conocimiento que el periodista o medio periodístico tuvo (o debió tener) de esa falsedad o posible falsedad [...]”.

Y agregó:

“La segunda y no menos importante particularidad [del principio de real malicia] radica en que el específico contenido del factor subjetivo al que alude el concepto de real malicia —conocimiento de la falsedad o indiferencia negligente sobre la posible falsedad— no cabe darlo por cierto mediante una presunción, sino que debe ser materia de prueba por parte de quien entable la demanda contra el periodista o medio periodístico”⁴⁸.

El tipo de debate político a que da lugar el derecho a la libertad de expresión e información generará indudablemente ciertos discursos críticos o incluso ofensivos para quienes ocupan cargos públicos o están íntimamente vinculados a la formulación de la política pública.

En el caso que motiva la presentación de este *amicus curiae* no se advierte que los tribunales intervinientes hayan establecido preliminarmente, respecto de cada una de las expresiones en las que se alega una afectación del derecho a la honra, si ellas contienen “afirmaciones sobre hechos” o “juicios de valor”. Como hemos visto, la jurisprudencia ha establecido que esta distinción es liminar a los efectos de valorar si las expresiones se encuentran comprendidas dentro de la protección dispensada a la libertad de expresión. Aquellas expresiones que refieran a “opiniones” o “juicios de valor” no podrán —en ningún caso— ser objeto de responsabilidades ulteriores, mientras que aquellas que contengan imputaciones de hechos, por su parte, deberán sujetarse a los criterios emanados por la doctrina de la “Real Malicia”, que como vimos posee amplia recepción jurisprudencial en nuestro ordenamiento jurídico.

VII.5. EL UMBRAL DE TOLERANCIA A LAS CRÍTICAS POR PARTE DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Estrechamente ligado a lo dicho en el ítem anterior, deben realizarse algunas precisiones acerca del diferente umbral protección a las críticas del que gozan algunos sujetos —en este caso los funcionarios públicos— en razón de la propia naturaleza de sus funciones.

Los funcionarios públicos cumplen un rol influyente e importante en la sociedad y los ciudadanos tienen un interés directo en el escrutinio de su conducta y desempeño. La Convención Americana, protege y promueve un amplio concepto de la libertad de expresión, con el fin de preservar la existencia de sociedades democráticas⁴⁹. En este sentido, deben garantizarse las mayores posibilidades de circulación de ideas y opiniones así como el más amplio acceso a la información que incluye inclusive aquella que se denomine “errónea,” “no oportuna” o “incompleta”⁵⁰. En el punto que nos ocupa, se debe tomar en cuenta

⁴⁷ Entre otros, CSJN: *Locles, Roberto Jorge c/Arte Gráfico Editorial*, de fecha 10 de agosto de 2010; *Canavesi Eduardo Joaquín y otra c/Diario 'El Día' Soc. Impr. Platense SACI s/daños y perjuicios*, de fecha 8 de junio de 2010; *Vaudagna, Juan Manuel c/ Rocha, Alberto Eduardo s/ daños y perjuicios*, de fecha 19 de mayo de 2010; *Brugo, Jorge Ángel c/ Lanata, Jorge* de fecha 16 de noviembre de 2009.

⁴⁸ CSJN, *Caso Patitó*, supra, apartado 8.

⁴⁹ CIDH, Informe Anual 1994. Capítulo V: “Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Título III.

⁵⁰ Cfr. CIDH, *Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*, cit. Párr. 35

que este intercambio de ideas, pensamientos e informaciones dentro de una sociedad -entre ellas las que conciernen a funcionarios públicos- contribuye al debate público, a la formación de una conciencia colectiva, ya que la polémica y discusión que producen juega un rol primordial en la formación de conciencia de una sociedad libre y democrática.

Respecto de ello, la CIDH ha dejado por sentado que:

“El derecho a la libertad de expresión habilita al individuo y a la comunidad a participar en debates activos, firmes y desafiantes sobre todos los aspectos relativos al funcionamiento de la sociedad, este derecho cubre debates que pueden ser críticos e incluso ofensivos para los funcionarios públicos⁵¹.

El ejercicio del derecho a la libertad de expresión no sólo tiende a la realización personal de quien se expresa sino a la consolidación de sociedades verdaderamente democráticas, el Estado tiene la obligación de generar las condiciones para que el debate público no sólo satisfaga las legítimas necesidades de todos como consumidores de determinada información (de entretenimiento, por ejemplo) sino como ciudadanos. Es decir, tienen que existir condiciones suficientes para que pueda producirse una deliberación pública, plural y abierta, sobre los asuntos que nos conciernen a todos en tanto ciudadanos y ciudadanas de un determinado Estado⁵².

Entonces, el ejercicio de la libertad de expresión admite dentro del debate público opiniones y valoraciones críticas de los hechos que se comunican, aun cuando se haga uso de expresiones molestas, o excesos terminológicos, siempre que éstos no constituyan insultos o descalificaciones fuera de discurso; e incluye la libertad de expresión de ideas y de crítica aun y cuando pueda disgustar a quien se dirige, pues en ello consiste el pluralismo, la tolerancia, valores y principios propios de una sociedad democrática. Ante ello vale la pena destacar que *“Una sociedad libre, hoy y mañana, es aquella que pueda mantener abiertamente un debate público y riguroso sobre sí misma”*⁵³.

Como toda persona, los funcionarios públicos tienen resguardado su derecho constitucional a la honra y reputación. Sin embargo, la emisión de informaciones o expresiones concernientes a su desempeño en el ámbito en donde ejercen funciones posee un indudable interés colectivo, y por lo tanto se encuentran sujetas a un umbral de protección mayor. Así, para los funcionarios públicos, la protección de su esfera privada y honor resulta más estrecha en virtud del interés público de su función y del principio republicano de la publicidad de los actos de gobierno.

Desde los primeros precedentes en materia de libertad de expresión que llegaron a su conocimiento, la Corte IDH sostuvo que:

“Respecto al derecho a la honra, las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático. La Corte ha señalado que en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. Este umbral

⁵¹ CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Ricardo Canese v. Paraguay*. Transcritos en la sentencia del 31 de agosto de 2004, cit., párr. 72. c. El destacado es propio.

⁵² CIDH, Informe Anual 1994. Capítulo V: “Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Título III: la Convención protege y promueve un amplio concepto de libertad de expresión para preservar la existencia de las sociedades democráticas en los estados miembros de la OEA (OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995. Aprobado en el 88° período ordinario de sesiones).

⁵³ CIDH, Informe anual 1994, cit., párr.11. El destacado es propio.

no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza [...]”⁵⁴.

En el mismo sentido, en el caso *Tristán Donoso*, se precisó que:

“Como ya se ha indicado, el derecho internacional establece que el umbral de protección al honor de un funcionario público debe permitir el más amplio control ciudadano sobre el ejercicio de sus funciones. Esta protección al honor de manera diferenciada se explica porque el funcionario público se expone voluntariamente al escrutinio de la sociedad, lo que lo lleva a un mayor riesgo de sufrir afectaciones a su honor, así como también por la posibilidad, asociada a su condición, de tener una mayor influencia social y facilidad de acceso a los medios de comunicación para dar explicaciones o responder sobre hechos que los involucren”⁵⁵.

La Corte Suprema, por su parte, reconoció que las expresiones referidas a funcionarios públicos deberían ser particularmente protegidas en tanto que:

“Tratándose de informaciones referidas a funcionarios públicos..., cuando la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, los que se consideran afectados deben demostrar que quien emitió la expresión o imputación conocía la falsedad de la noticia y obró con conocimiento de que eran falsas o con notoria despreocupación por su veracidad. Estos principios son consistentes con el diseño de un estado de derecho constitucionalmente reglado. La investigación periodística sobre los asuntos públicos desempeña rol importante en la transparencia que exige un sistema republicano”⁵⁶.

Asimismo, refiriéndose al fundamental rol de la libertad de expresión en una sociedad democrática, la CSJN reconoció que:

“[...] La principal importancia de la libertad de prensa, desde un punto de vista constitucional, está en que permite al ciudadano llamar a toda persona que inviste autoridad, a toda corporación o repartición pública, y al gobierno mismo en todos sus departamentos, al tribunal de la opinión pública, y compelerlos a un análisis y crítica de su conducta, procedimientos y propósitos, a la faz del mundo, con el fin de corregir o evitar errores o desastres; y también para someter a los que pretenden posiciones públicas a la misma crítica y con los mismos fines[...]”⁵⁷.

Es entonces que tanto la jurisprudencia internacional como nacional han postulado la posición preferencial de la libertad de expresión para los casos en que la noticia publicada involucre la actuación de funcionarios estatales, políticos e, inclusive, de figuras públicas. En efecto, esta posición preferencial proviene de la importancia que la información respecto de la actuación de los funcionarios públicos tiene para la vigencia de las instituciones democráticas, lo que justifica evitar en la mayor medida posible la censura —o incluso la autocensura— de cualquier afirmación en torno a cuestiones que revisten interés general.

A su vez, al realizar el análisis de las declaraciones que contengan expresiones o críticas que puedan resultar irrespetuosas, molestas o irritantes para el funcionario o ente a quien van dirigidas, se debe tener

⁵⁴ Corte IDH. *Caso Kimel*, supra, párr.86; *Caso Herrera Ulloa*, cit., párr. 129; *Caso Ricardo Canese*, cit., párr. 103.

⁵⁵ Corte IDH. *Caso Tristán Donoso*, cit., párr.122.

⁵⁶ Establece la CSJN que “tratándose de informaciones referidas a funcionarios públicos..., cuando la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, los que se consideran afectados deben demostrar que quien emitió la expresión o imputación conocía la falsedad de la noticia y obró con conocimiento de que eran falsas o con notoria despreocupación por su veracidad. Estos principios son consistentes con el diseño de un estado de derecho constitucionalmente reglado. La investigación periodística sobre los asuntos públicos desempeña rol importante en la transparencia que exige un sistema republicano” (CSJN, *Caso Patitó, José Ángel y otro c/ Diario La Nación y otros*”, sentencia del 24 de junio de 2008, apartado 8°

⁵⁷ CSJN, *Caso Patitó*, supra, apartado 11°, citando a Joaquín V. González, *Manual de la Constitución Argentina*, No 158, pág. 167, Buenos Aires, 1897.

en cuenta el ánimo o propósito con que se realizaron las mismas, así como el estudio lógico-contextual con que se han realizado. Es decir que en cada caso debe verificarse si las críticas o afirmaciones han sido emitidas en un contexto particular, en reiteradas ocasiones, o de manera aislada en diferentes ocasiones, lo cual conducirá a un sentido diferente. Esto es de suma importancia ya que de allí puede vislumbrarse el alcance e intención con el cual fueron dirigidas.

La CSJN, señaló en el caso *Patitó* que “*habría que incluir en el examen el contexto conformado por diversas notas previas provenientes del mismo medio periodístico que, si bien no pertenecen al referido editorial, sirven para determinar el contenido de esas afirmaciones*”. Ello porque no se puede sacar de contexto las críticas bajo examen, ni pueden ser analizadas de manera fragmentada o aislada, sino que deben analizarse de manera armoniosa, usando los principios de la sana crítica.

Dentro de este contexto, no se advierte que los tribunales hayan dado un lógico y apropiado tratamiento a las expresiones vertidas por el Sr. Martínez. Las mismas se refieren al desempeño de un funcionario público y se encuentran dentro de los parámetros admisibles en que debe desarrollarse el debate sobre asuntos de interés público que una sociedad abierta y democrática tiene el deber de garantizar. Como hemos examinado, los principios de tolerancia, pluralismo y transparencia demandan que los particulares puedan formular críticas ásperas o severas contra la conducta o desempeño de un funcionario público, por más incómodas o molestas que estas resulten.

De acuerdo con la Constitución provincial de Tierra del Fuego, el Fiscal de Estado es un funcionario público que tiene a su cargo el asesoramiento y control de la legalidad de los actos de la administración pública provincial y la defensa de su patrimonio⁵⁸. Es evidente así que, estando instituido como defensor de los intereses patrimoniales del Estado Provincial, sus actos deben estar abiertos al más absoluto control, para lo cual se requiere la más plena y abierta difusión de opiniones e informaciones respecto al desarrollo de sus funciones. A su vez, no resulta objeto de cuestionamiento por parte de los tribunales que han intervenido en el mismo que las expresiones imputadas al Sr. Martínez recaen sobre asuntos de interés público, en tanto se refieren a la actuación del Fiscal de Estado en la transferencia de acreencias del IPAUSS (Instituto Provincial Autárquico Unificado de Seguridad Social) del Banco de la Provincia al Fondo Residual.

Debe entonces concluirse que el derecho a la libertad de expresión comprende el derecho de la sociedad a informarse sobre el modo en que un funcionario público – de la envergadura del Fiscal de Estado – desempeña sus funciones, especialmente cuando ello está ligado a la gestión y el control del patrimonio público provincial.

VII.6. LA CATEGORÍA DE INSULTO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CSJN

Teniendo en cuenta los fundamentos utilizados, por la Sala en lo Civil, Comercial y del Trabajo de la Cámara de Apelaciones de la Provincia de Tierra del Fuego para rechazar el recurso de apelación ejercido por el demandado, conviene referirse al tratamiento que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha realizado de la categoría de “insulto”.

En el citado caso *Patitó*, el máximo tribunal ha sostenido que:

“[...] En el marco del debate público sobre temas de interés general, y en especial sobre el gobierno, *toda expresión que admita ser clasificada como una opinión, por si sola, no da lugar a*

⁵⁸ Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego, art. 167.

responsabilidad civil o penal a favor de las personas que ocupan cargos en el Estado; no se daña la reputación de éstas mediante opiniones o evaluaciones, sino exclusivamente a través de la difusión maliciosa de información falsa. Por lo demás, no se trata el presente caso de otras posibles afectaciones de lo que genéricamente se denomina honor, distintas de la difamación, tales como las expresiones ofensivas, provocativas o irritantes, que pueden caer en la categoría de ‘insulto’⁵⁹.

Asimismo, el Máximo Tribunal destacó que:

“Cuando se trate (...) de la expresión de ideas, opiniones o juicios de valor, el criterio de ponderación para determinar si ella se ha llevado a cabo dentro del ámbito protegido constitucionalmente, deberá estar dado por la ausencia de expresiones estricta e indudablemente injuriantes y que manifiestamente carezcan de relación con las ideas u opiniones que se expongan. En otras palabras, no hay un derecho al insulto, a la vejación gratuita e injustificada”⁶⁰.

No obstante, la CSJN ha realizado una precisa distinción entre aquello que puede constituir un “insulto” o “vejación gratuita” —exceso no protegido por el derecho constitucional de la libertad de expresión— de aquello que no lo es —crítica de una actividad o desempeño en cuya rectitud reposa un interés público— y que por lo tanto debe ser objeto de tutela. Esta distinción debe realizarse aún cuando la crítica sea “cáustica y vehemente” y pueda resultar “ingrata u ofensiva”⁶¹.

De igual modo, la CSJN, en el fallo *Amarilla, Juan H. s/ recurso extraordinario*⁶², dejó por sentado, en cuanto las expresiones de interés público, que:

“[...] No es determinante la presencia de una mala intención o de motivos viles o disvaliosos, antes bien, se trata del empleo de voces o locuciones claramente denigrantes y fuera de lugar, cuya prohibición en nada resiente las condiciones que dan base a la amplia discusión acerca de temas sobre los que descansa un interés público, que toda sociedad democrática exige como condición de subsistencia”⁶³.

Y resolvió que:

“Los escritos atribuidos al querellado contienen críticas, sin duda vehementes y quizá también agresivas, referidas a la realización de un acto de indudable interés público, pues no sólo aparece vinculado con la utilización del erario de la provincia sino, además, con la atención de los internados en hospitales provinciales. Dichas críticas están referidas a la legalidad del acto y a su

⁵⁹ CSJN, *Caso Patitó*, supra, apartado 8°.

⁶⁰ Cf. CSJN, Fallos: 257:308, Cons. 9°; *Caso Menem, Eduardo S/ Querella Por Calumnias E Injurias*. Sentencia de fecha 20 de octubre de 1998. Cons. 15°, de los ministros Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi y Gustavo A. Bossert; *Amarilla, Juan H. s/ recurso extraordinario*, de 29 de septiembre de 1998, Cons. 13°, del voto de Petracchi y Bossert; *Caso Brugo, Jorge Ángel c/ Lanata, Jorge y otros*, de 16 de noviembre de 2009, cons. 14 de Juan Carlos Maqueda; *Caso Patitó*, cit., cons. 1 de Petracchi, entre otros. El destacado es propio.

⁶¹ CSJN, *Caso Menem, Eduardo S/ Querella Por Calumnias e Injurias*, cit., cons. 15, de los ministros Fayt, Petracchi y Bossert. El destacado es propio.

⁶² En el caso se cuestionaban dos notas periodísticas, en las que se hacía referencia a una contratación suscripta por el Ministerio de Salud Pública de la Provincia de Formosa. Este acto fue calificado por las notas como “irregular”, “sospechoso”, “llamativo”, “turbio”, “dudoso”, “poco claro” y contrario a ciertas normas jurídicas provinciales, endilgando tales irregularidades a un funcionario público.

⁶³ CSJN, *Amarilla, Juan H. s/ recurso extraordinario*, cit., cons. 13, del voto de Petracchi y Bossert. El destacado es propio.

*oportunidad, sin que se haya hecho uso de ningún insulto o epíteto denigrante, por lo que carecen de idoneidad para generar responsabilidad jurídica por parte de su autor*⁶⁴.

También en el fallo, *Brugo, Jorge Ángel c/ Lanata, Jorge y otros*⁶⁵, la CSJN sostuvo que no se advertían “expresiones que pudieran considerarse epítetos denigrantes, insultos o locuciones que no guarden relación con el sentido crítico del discurso”, y concluyó que:

“[...] Desde esta perspectiva puede concluirse que el carácter difamatorio que se le atribuye a la nota impugnada no supera el nivel de tolerancia que es dable esperar de quien desempeña la magistratura cuando se lo critica en su esfera de actuación pública, máxime cuando los lectores pudieron formar su propia opinión al haberse transcripto fielmente las explicaciones dadas por el actor sobre el punto”⁶⁶.

La extrema similitud de las expresiones involucradas en los casos reseñados sugiere que las expresiones emitidas por el Sr. Martínez no pueden subsumirse sin más en la categoría de “insulto”, “difamaciones vanas” o de frases u opiniones “inútilmente vejatorias e injustificadas”, tal cual han sido definidas por nuestro Máximo Tribunal. Por el contrario, se trataron de fuertes críticas dirigidas a un funcionario público, como lo es el Fiscal de Estado, sobre actos que le competen dentro de sus funciones legales, y que se encuentran fuertemente ligadas con las ideas u opiniones sostenidas en otras ocasiones por el Sr. Martínez.

VIII. SÍNTESIS Y CONCLUSIONES

A lo largo de este memorial se ha sostenido, en base a estándares nacionales e internacionales de los derechos humanos, que la libertad de expresión y pensamiento es un derecho fundamental que contiene una doble dimensión —tanto individual como social— y cumple un rol trascendental para el desarrollo del debate público y por lo tanto la vigencia de una sociedad democrática.

Así y todo, la libertad de expresión no es un derecho absoluto sino que puede estar sujeto a ciertas restricciones tales como las responsabilidades ulteriores, de acuerdo a los estándares delineados por la Corte IDH. Pero éstas deben ser proporcionales al interés que la justifica y tomar en cuenta que en el caso de expresiones dirigidas a funcionarios públicos, que versan sobre cuestiones de interés público, debe sostenerse un umbral de tolerancia más amplio, ya que contribuyen a ampliar el flujo informativo y por lo tanto al desarrollo del debate público. Dicho estándar es de aplicación aun cuando las críticas o expresiones resultaren irritantes o molestas. De este modo, para la resolución de este caso no puede dejar de tenerse en cuenta que el umbral al honor de un funcionario público debe permitir el más amplio control ciudadano sobre el ejercicio de sus funciones, ya que éste se expuso voluntariamente al escrutinio de la sociedad.

A su vez, como hemos reseñado, las expresiones que se refieran a opiniones o juicios de valor se encuentran exentas de sanción y que, siguiendo los criterios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en las afirmaciones de hecho debe regir la doctrina de la “real malicia”. Por otro lado, si bien los “insultos” no se encuentran dentro del umbral de protección de la libertad de expresión, del análisis de las afirmaciones emitidas por el Sr. Martínez, resulta claro que éstas no alcanzan ese grado, ni tampoco superan el umbral de aquello que la crítica de sucesos de carácter público obliga al funcionario a tolerar.

⁶⁴ CSJN, *Amarilla, Juan H. s/ recurso extraordinario*, cit., cons.14 del voto de Petracchi y Bossert. Ver también considerando 11 del voto de Belluscio. El destacado es propio.

⁶⁵ CSJN, *Brugo, Jorge Ángel c/ Lanata, Jorge y otros*, cit., donde se impugnaron expresiones referidas al actor en el artículo publicado el 22 de octubre de 1998, una nota crítica sobre el funcionamiento del Poder Judicial de la Nación.

⁶⁶ CSJN, *Brugo, Jorge Ángel c/ Lanata, Jorge y otros*, cit., considerandos 16 y 17, del voto del Dr. Juan Carlos Maqueda.

IX. PETITORIO

A la espera de que nuestro aporte contribuya a una justa resolución del caso, a V. E. solicitamos:

- 1) Se acepte al Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) como *Amicus Curiae* en esta causa.
- 2) Se agregue el presente escrito y se corra traslado a las partes en caso de que V.E. lo considere pertinente.
- 3) Se tengan en cuenta estos argumentos al momento de resolver la presente causa.

Proveer de conformidad y tener presente que,

SERÁ JUSTICIA