

PRESENTA AMICUS CURIAE

Señor Juez:

Horacio VERBITSKY, Presidente, y Gastón CHILLIER, Director Ejecutivo, ambos en representación del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), con el patrocinio letrado de Damián LORETI (T° 31 F°821 CPACF) y Carolina Varsky, (T° 70 F° 297 CPACF) con domicilio real en Piedras 547, timbre 1°, de la Ciudad de Buenos Aires, ante VE comparecemos y respetuosamente decimos:

I. OBJETO

Solicitamos a V.S., 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 "Schiavi. Juan Pablo c/ Cirielli Ricardo s/ art. 110 CP" a fin de que se expida declarando in limine la inadmisibilidad de la acción tentada por encontrarse en debate expresiones referidas a asuntos de interés público.

II. ANTECEDENTES. BREVE RESEÑA DE LOS HECHOS

El presente caso —según se pudo tomar conocimiento por los medios, recogiendo algunos de los dichos del pretense querellante— versa sobre una querrela promovida por Juan P. SCHIAVI, Secretario de Transportes de la Nación, en virtud de declaraciones que se le atribuyen — insistimos, según la repercusión mediática — a CIRIELLI, cuáles serían las siguientes:

"...en el último encuentro -entre ambos, en el marco del conflicto gremial en Aerolíneas Argentinas- se escapó por la puerta de atrás para ir al programa 678. Es un irresponsable".

"Es el principal culpable de todos los problemas que hay en el transporte aeronáutico. Es un ignorante. Funcionario de Grosso, devenido en macrista y mentiroso".

Y, nuevamente según la repercusión de las noticias, el pretense querellante habría consignado en la presentación que "todos estos calificativos, además de lesivos, resultan altamente perjudiciales porque, al propagarse, tienen la aptitud de interferir negativamente en las relaciones sociales, laborales, económicas y de las más diversas índoles...". Y agrega que sus comentarios afectan "la confianza de los ciudadanos en la gestión pública" que está llevando a cabo.

Dados los citados precedentes fácticos, de ser así, es claro que estamos frente a un conjunto de dichos relacionados con la situación de la empresa estatal Aerolíneas Argentinas y el rol del estado —por medio de sus funcionarios— en un tema de interés público. Al mismo tiempo, según los aparentes dichos del querellante, presenciemos un cuestionamiento judicial relacionado con la protección no de la honra personal de un funcionario público, sino de la percepción de la ciudadanía respecto de su accionar

III. INTERÉS DEL CELS EN EL PRESENTE CASO

El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) es una organización no gubernamental que desde hace 25 años se dedica a la promoción y protección de los derechos humanos, el fortalecimiento del sistema democrático y el estado de derecho en Argentina. Para llevar adelante esa tarea desarrolla sus actividades especialmente a través de herramientas técnico-legales.

Constituye un objetivo central de nuestra organización promover e impulsar la utilización de los tribunales locales para fomentar el pleno ejercicio de los derechos, a través de la aplicación de los estándares internacionales de derechos humanos.

En tal sentido, 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 herramientas judiciales y cuasi-judiciales tanto a nivel interno como en la esfera internacional.

El derecho a la libertad de expresión constituye una de las herramientas fundamentales para el libre flujo de la información y la importancia de construir una sociedad informada y una democracia participativa que permita a los ciudadanos ejercer el control de las instituciones de gobierno.

La actividad del CELS en esta la materia se ha traducido a través de la tramitación de diversas causas judiciales. A modo de ejemplo, el CELS ha impulsado ante el Sistema Interamericano casos que versan sobre esta temática: el caso VERBITSKY¹, 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. Los casos KIMEL² y FONTEVECCHIA y D'AMICO³ también constituyen un ejemplo de nuestro trabajo. Ambos abordan la problemática de las figuras públicas y la importancia de la amplia discusión de cuestiones de interés público, y el impacto que las sanciones — fueran éstas civiles o penales—, generan por su posible efecto inhibitorio en perjuicio de la garantía de un debate libre y abierto en toda sociedad democrática. Asimismo, hemos elaborado memoriales en derecho, similares al presente, en causas como "*Felipe Agüero sobre libertad de expresión y derecho a la verdad*" en Chile⁴, "*Ríos Ereñu c/ D'Andrea Mohr s/ daños y perjuicio*" o "*Editorial Río Negro c/ Provincia de Neuquén s/ Amparo*", ante la CSJN en Argentina.

¹ CIDH, *Horacio Verbitsky y otros contra Argentina* - Caso N° 12.128

² CIDH, *Eduardo Kimel contra Argentina* - Caso N° 12.450. Con sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 5 de mayo de 2008.

³ CIDH *Jorge Fontevecchia, Héctor D'Amico contra Argentina* -Caso N° 12.524

⁴ Caso "*Felipe Agüero sobre libertad de expresión y derecho a la verdad*", presentado ante la SJL del Crimen (Chile), en el mes de Julio de 2001 (disponible en www.cels.org.ar).

Asimismo, el CELS ha elaborado y publicado diversos documentos sobre la importancia del acceso a la información, ya sea por medio de su publicación anual⁵, en su publicación “La información como herramienta para la protección de los derechos humanos”⁶, o el documento elaborado junto a otras organizaciones no gubernamentales titulado “Una radiodifusión pública para la Democracia.”⁷

De esta manera, y en virtud de los hechos que se presentan en este expediente, es nuestra intención acercarle a este tribunal aquellas cuestiones de derecho que deben ser tenidas en consideración al momento de resolver la admisibilidad del trámite de la querrela. Asimismo, pese a las múltiples aristas que presenta este caso, nos avocaremos a analizar la improcedencia del mero trámite de una acción como la planteada en tanto luego de la sentencia de la Corte IDH en el caso Kimel, se modificó el capítulo de los delitos contra el honor del Código penal a fines de que causas como las que aquí se ventilan no puedan seguir siendo tramitadas.

Para ello, haremos un breve recorrido sobre los estándares internacionales en materia de restricciones a la libertad de expresión, y su especial excepcionalidad cuando las afirmaciones versen sobre cuestiones de interés público o respecto de funcionarios y figuras públicas.

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 solo ha sido receptado por numerosos antecedentes jurisprudenciales, 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.

Entre los numerosos antecedentes jurisprudenciales locales que han reconocido esta figura podemos mencionar, por ejemplo, la causa “ESMA”, en la que la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal aceptó expresamente la presentación de un memorial en calidad de *amicus curiae*, de las organizaciones internacionales de derechos humanos CEJIL (Centro por la Justicia y el Derecho Internacional) y Human RightsWatch/Americas⁸.

Otro antecedente fue el presentado en la causa “Sterla, Silvia s/ interrupción de la prisión preventiva” ante el Juzgado Criminal y Correccional Federal N° 2 de la Capital Federal. Al

⁵ Publicación anual titulada “Informe anual sobre la situación de los Derechos Humanos en la Argentina”, que el CELS publica desde el año 1997 hasta la actualidad. Editorial Siglo XXI. (disponible en www.cels.org.ar).

⁶ “La información como herramienta para la protección de los derechos humanos”, publicada en el marco de la colección Experiencias que realiza el CELS, Editorial Siglo XXI, 2004

⁷ “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).

⁸ “Hechos ocurridos en el ámbito de la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA)”, Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal; Causa N° 5/95; resol. del 18 de mayo de 1995.

momento de resolver la causa, el magistrado destacó el papel de las ONG en la transformación del pensamiento jurídico de nuestro país.

En cuestiones de libertad de expresión e información, cabe citarse el precedente de un reciente caso en que se presentó un memorial –“Incidente de Thomas Catan en autos n° 14.829/2002”– que tramitó ante el Juzgado Criminal y Correccional Federal N° 11, Secretaría N° 22 de la Capital Federal. Al momento de resolver la causa, la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal se pronunció en el sentido de admitir el memorial presentado por Horacio Verbitsky, Secretario de “Periodistas-Asociación para la defensa del Periodismo Independiente”, y José Insaurralde, Secretario General de la “Federación Argentina de Trabajadores de Prensa”.

En dicha oportunidad, la Cámara recordó que había “aceptado anteriormente colaboraciones de esa índole (C.C.C. Fed. en pleno, causa n° 761 “Hechos ocurridos en el ámbito de la Escuela Superior de Mecánica de la Armada”, rta. 18-5-1995, reg. 5/95). Como posible standard para su incorporación se estableció que las presentaciones debían ser realizadas por organizaciones no gubernamentales que persiguieran un interés válido y genuino en el tema y, además, acreditaran una especialización en él. También se afirmó la necesidad de que la materia a opinar resultara un caso de amplio interés público”.

Como mencionáramos, esta valiosa figura, ha sido recientemente regulada expresamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su Acordada 28/04, dictada el 14 de julio del 2004. En dicha regulación la Corte reivindica el instituto como un importante instrumento de participación democrática en el Poder Judicial, manifestando que la figura del “Amigo del Tribunal” es “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 “*Amici 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 exponer nuestros argumentos acerca de la relación entre el derecho a la información y la libertad de expresión sobre la base del hecho investigado en las referidas actuaciones.

V. ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN

V.1 El derecho a la libertad de expresión en una sociedad democrática

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante también “Convención Americana” o “CADH”), en su artículo 13, sienta los principios de universalidad del ejercicio del derecho a la información, señalando que toda persona tiene derecho a la libertad de

pensamiento y de expresión, y aclarando expresamente que su ejercicio no puede ser objeto de censura, sino, cuando procediere, de responsabilidades ulteriores.⁹

El contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, no se reduce a garantizar el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también 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 dimensión individual y una dimensión social, a saber:

“ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”.¹⁰

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que la primera dimensión 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 libremente”.¹¹

A su vez:

“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 propia”.¹²

Asimismo, esta misma Corte Interamericana en su Opinión Consultiva OC-5/85 afirmó que existe una estrecha relación entre democracia y libertad de expresión. Este criterio fue ratificado en los casos Canese y Herrera Ulloa ya citados:

⁹La 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.

¹⁰ Entre muchos otros, Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein*, sentencia de 6 de febrero de 2001, serie C No. 74, párr. 146; *Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros)*, sentencia de 5 de febrero de 2001, serie C No. 73, párr. 64; “*La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, párr. 30; y *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, sentencia de 31 de agosto de 2004, párr. 77.

¹¹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85, *supra*, párr. 31.

¹² Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa*, *supra*, párr. 110.

"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 libre".¹³

V.2 El rol de los medios de comunicación y del periodismo en relación con la libertad de pensamiento y de expresión

El rol de los medios de comunicación es fundamental a los efectos de garantizar vías para canalizar expresiones e ideas. En el caso Herrera Ulloa, la Corte Interamericana sostuvo:

"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, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones (Cf. Caso Ivcher Bronstein, *supra* nota 85, párr. 149 [en nota al pie, en el original]). Los referidos medios, como instrumentos esenciales de la libertad de pensamiento y de expresión, deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan".

"Dentro de este contexto, el periodismo es la manifestación primaria y principal de esta libertad y, por esa razón, no puede concebirse meramente como la prestación de un servicio al público a través de la aplicación de los conocimientos o la capacitación adquiridos en la universidad (La colegiación obligatoria de periodistas, *supra* nota 85, párr. 71 [en nota al pie, en el original]). Al contrario, los periodistas, en razón de la actividad que ejercen, se dedican profesionalmente a la comunicación social (Caso del periódico "La Nación". Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de septiembre de 2001, considerando décimo [en nota al pie en el original]). El ejercicio del periodismo, por tanto, requiere que una persona se involucre responsablemente en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención (Cfr. La colegiación obligatoria de periodistas, *supra* nota 85, párrs. 72 y 74 [en nota al pie en el original])."

"En este sentido, la Corte ha indicado que es fundamental que los periodistas que laboran en los medios de comunicación gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos quienes mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad y el debate público se fortalezca (Cfr. Caso Ivcher Bronstein, *supra* nota 85, párr. 150 [en nota al pie en el original])"¹⁴.

A estos estándares cabe agregar otros criterios que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante también "Corte Europea" o "TEDH") viene aplicando regularmente a casos en los que se discute el derecho a la libertad de expresión, y que son plenamente aplicables en el sistema interamericano.

La Corte Europea ha destacado en numerosas oportunidades que los periodistas y los medios de prensa cumplen una función de "perro guardián" respecto de los asuntos de interés

¹³ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, *supra*, párr. 70.

¹⁴ Corte IDH, Caso Herrera Ulloa, *supra*, párrs. 118 y 119.

público¹⁵, y ha señalado que en ese campo las restricciones a la libertad de expresión son admisibles sólo excepcionalmente¹⁶. Este último criterio ha sido enfatizado por la Corte Interamericana en los siguientes términos:

"El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público (Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein*, ya citado, párr. 155; en el mismo sentido, *Eur. Court H.R., Case Feldek v. Slovakia, Judgment of 12 July, 2001*, para. 83; *Cfr. Eur. Court H.R., Case Sürek and Özdemir v. Turkey, Judgment of 8 July, 1999*, par. 60) [en nota al pie en el original]"¹⁷.

V.3 Aplicación de responsabilidades ulteriores al ejercicio del derecho de libertad de expresión

Sabemos que la libertad de expresión no es un derecho absoluto y que admite que en ciertos casos y bajo determinadas condiciones sea causa de aplicación de responsabilidades ulteriores. Sin embargo, la Convención Americana ha resguardado celosamente las mismas, determinándolas en su artículo 13. Oportunamente, la Corte Interamericana ha establecido las bases para una correcta interpretación de esta norma fundamental. Resulta de especial valor lo decidido en un reciente caso donde la Corte explica el juego 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"¹⁸ (el destacado es nuestro).

En líneas generales, apoyándose en criterios elaborados por la jurisprudencia de la Corte Europea Humanos al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos —similar al artículo 13 de la CADH—, la Corte Interamericana 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". Además, agregó que no es suficiente demostrar que tal limitación es "útil", "razonable" u "oportuna"¹⁹.

¹⁵ TEDH, *Caso Dichand an others v Austria* (Application no. 29271/95), ya citado, párr. 40: "Not only does it have the task of imparting such information and ideas, the public also has a right to receive them. Were it otherwise, the press would be unable to play its vital role of 'public watchdog' (Thorgeir Thorgeirson v. Iceland, sentencia del 25 de junio de 1992, Series A no. 239, p. 28, § 63; *Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway* [GC], no. 21980/93, § 62, ECHR 1999-III.); entre otros.

¹⁶ TEDH, *Caso Dichand an others v Austria* (Application no. 29271/95): "The Court further recalls that there is little scope under Article 10 § 2 of the Convention for restrictions on political speech or debates on questions of public interest (see *Sürek v. Turkey (No. 1)* [GC], no. 26682/95, § 61, ECHR 1999-IV); entre otros.

¹⁷ Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa*, *supra*, párr. 127.

¹⁸ Ver Corte IDH. *Caso Ricardo Canese*, *supra*, párr. 95.

¹⁹ Ver Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*. Opinión Consultiva OC-5/85, *supra*, párr 46, citando a Corte EDH. *Caso Sunday Times*. Sentencia de 26 de abril de 1979. Series A no. 30, párr. 59, pág. 35-36.

Esta conclusión sugiere que la legalidad 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 y se ajusten estrechamente al logro de ese legítimo objetivo²⁰ (proporcionalidad). Es decir, la limitación debe ser legal, razonable, necesaria, proporcional y perseguir un interés legítimo. De esta manera lo expresó la Corte Interamericana 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 (el destacado nos pertenece).

V.4 Expresiones que versan sobre cuestiones de interés público. La veracidad de la información

La evaluación respecto de la “necesidad social imperiosa” de una sanción debe valorarse, asimismo, a la luz del interés público de la noticia. Y, en este sentido, es pacífica la jurisprudencia del Sistema Interamericano respecto a la protección de las expresiones que versan sobre materia de interés público.

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 comunidad”²².

Y acto seguido dijo:

“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

²⁰ Ver Corte EDH. *Case of The Sunday Times*, *supra*, par. no. 62, pag. 38; ver también Corte EDH. *Case of Barthold*. Judgment of 25 March 1985. Series A no. 90, par. no. 59, pag. 26.

²¹ Corte IDH. *Caso Ricardo Canese*, *supra*, párr. 96; *Caso Herrera Ulloa*, *supra*, párrs. 121 y 123; *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*. Opinión Consultiva OC-5/85, *supra*, párr. 46; ver también Corte EDH. *Caso Sunday Times*, *supra*, par. 59; y Corte EDH. *Caso Barthold v. Germany*, *supra*, par. 59.

²² Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa*, *supra*, párr. 23

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 naturales²³. (el destacado es propio)

Sin embargo, 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.

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”²⁴.

De la misma manera, el Relator sobre Libertad de expresión ha notado que

“cualquier calificativo previo que se le imponga a la información limitaría la cantidad de información protegida por este derecho. Por ejemplo, el derecho a la información veraz no protegería la información que, por oposición a veraz, denominaremos errónea. Por lo tanto, toda aquella información que pueda ser considerada errónea...no estaría protegida por este derecho. Sin embargo, una interpretación correcta de las normas internacionales, especialmente del artículo 13 de la Convención, nos obliga a concluir que el derecho a la información abarca toda la información, inclusive aquella que denominamos “errónea”²⁵.

En el mismo sentido, ha continuado

“...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 de la 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.”²⁶

John Stuart Mill en sus estudios *Sobre la Libertad* desarrolló ampliamente el tema acerca de la importancia de la libertad de expresión e información sin limitaciones ni calificativos. Mill hace mención a tres motivos principales por los que la existencia de argumentos y opiniones divergentes es fundamental para el respeto de la libertad de expresión e información. En primer lugar, si la información es correcta, nada mejor que contraponerle información errónea para que la verdad se consolide aún más y alcance una mayor difusión. Si la información es errónea, el enfrentamiento con la verdad va a mostrar claramente el error, en beneficio de toda la sociedad. Por último, el caso más común es cuando ninguna información es absolutamente errónea o falsa, pero ambas son necesarias para que al complementarse mutuamente surja la verdad.

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

²⁴ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en “N.A.A.C.P. vs. Button”, 371 US 415, 445, 83 S.Ct. 328, 344, 9 L.Ed.2d 405.

²⁵ CIDH Informe Anual 2002. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *supra*, Capítulo II, apartado 4 “Sobre el derecho a la información veraz”. En tal sentido, el Relator ha dicho, “El análisis que hacemos con relación a la información “errónea” y su incompatibilidad con las normas internacionales, es indudablemente extensible a todas las contrapartes de las informaciones “calificadas”. Es decir, también nos referimos a lo que podríamos llamar información “no oportuna”, “incompleta”, etc.”

²⁶ CIDH Informe Anual 2002. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *supra*.

V.5 El caso de funcionarios públicos

El Sistema Interamericano, y la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, se han expedido acerca de que, en el caso de los funcionarios públicos, la protección de la esfera privada y el honor se estrecha, en virtud del interés público de su función y del principio republicano de la publicidad de los actos de gobierno.

En tal sentido, tanto en doctrina como en jurisprudencia internacional, existe una corriente predominante que postula 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, por un lado, 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 —como la ha sido publicada por el diario la Nación— interés general.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ejercicio de su función contenciosa, ha establecido que quienes desarrollan actividades e influyen en situaciones de interés público deben estar más expuestos al debate y escrutinio público que los privados, pues dicha exposición es esencial para el funcionamiento de la democracia.

Así, ha expresado:

“las restricciones que pudieran imponerse deben ser sopesadas con la necesidad de que las expresiones concernientes a la labor de los funcionarios públicos o **de otras personas que desempeñan tareas de naturaleza pública sean objeto de un debate amplio, en casos de asuntos de interés público**, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático”²⁷ (el destacado es propio).

En este mismo sentido, el Relator Especial para la libertad de expresión aclara que la protección hacia la libertad de expresión en tales casos “se funda, por lo tanto, [no ya] en la calidad del sujeto sino en el interés público de sus actividades o actuaciones”.²⁸

Fue así como, en el ya citado caso Canese, la CIDH reiteró el concepto de que, en el caso de afirmaciones y apreciaciones vertidas en el curso de los debates políticos o sobre asuntos de interés público, debe existir un mayor margen de tolerancia.²⁹

De esta manera, como los encargados de la cosa pública no actúan por ellos mismos, sino que actúan por las personas sus actos deben estar abiertos al más absoluto control. En consecuencia, no hay nada mejor que la más plena y abierta difusión de información respecto al desenvolvimiento de sus funciones.

V.6 Aplicación de sanciones como forma de restricción a la libertad de expresión

²⁷ Corte IDH. *Caso Ricardo Canese*, *supra* párr. 98; *Caso Herrera Ulloa*, párr. 128.

²⁸ CIDH Informe Anual 2004. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo VI, párrafo 28 (ver en <http://www.cidh.org/relatoria>)

²⁹ Corte IDH. *Caso Ricardo Canese*, párr. 98; *Caso Herrera Ulloa* párr. 97

En lo que hace a la posibilidad de establecer responsabilidades ulteriores, expresamente previstas en el art. 13.2 de la Convención —que, como vimos, implican una forma de restringir la libertad de expresión—, la Corte expresó que dichas restricciones tenían "...que vincularse con las necesidades legítimas de las sociedades e instituciones democráticas...".³⁰

Por el contrario, la aplicación irracional o desproporcionada de sanciones civiles a una conducta amparada por el artículo 13 de la Convención se revela como una restricción al derecho que, de forma indirecta, se encamina a limitar el debate público sobre ciertos tópicos o personas, contrariando la sustancia de la norma comentada.

La Corte Interamericana ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca de los estándares establecidos por la Convención Americana sobre las sanciones permisibles como consecuencia del ejercicio a la libertad de expresión. Siguiendo los criterios adoptados por la Comisión Interamericana y por la Corte Europea, la Corte Interamericana ha señalado que las sanciones aplicadas a las personas que ejercen el derecho a la libertad de expresión pueden violar la Convención y generar un efecto **inhibidor respecto** de futuros actos de expresión, tanto de la persona sancionada como del resto de la población.

En este sentido, la Corte Interamericana sostuvo en el caso *Herrera Ulloa*:

"El efecto de esta exigencia resultante de la sentencia conlleva una restricción **incompatible** con el artículo 13 de la Convención Americana, toda vez que produce un efecto disuasivo, atemorizador e inhibitor sobre todos los que ejercen la profesión de periodista, lo que, a su vez, impide el debate público sobre temas de interés de la sociedad"³¹.

En este pasaje, la Corte Interamericana recoge la doctrina del efecto inhibitor o "*chilling effect*", firmemente asentada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Según esta doctrina, a los fines de establecer la compatibilidad de una sanción con la Convención no sólo debe atenderse a los efectos que ésta pueda tener sobre la persona sancionada, sino también a los efectos futuros que la aplicación de dicha sanción pueda tener sobre esa persona y sobre el resto de la población, en cuanto a su capacidad de "disuadir, inhibir" e incluso "atemorizar" a todos aquellos que desean participar del debate público.

Son numerosos y consistentes los precedentes del Sistema Europeo que aplican esta doctrina. A modo de ejemplo puede citarse el caso *Lombardo y otros c. Malta*:

"La Corte además recuerda el efecto inhibitor ("chilling effect") que el temor a una sanción tiene sobre la libertad de expresión (ver, *mutatis mutandis*, *Wille v. Liechtenstein* [GC], no. 28396/95, § 50, ECHR 1999-VII; *Nikula v. Finland*, no. 31611/96, § 54, ECHR 2002-II; y *Elci and Others v. Turkey*, nos. 23145/93 and 25091/94, § 714, 13 de noviembre de 2003). Este efecto, que funciona en detrimento de la sociedad en su conjunto, es asimismo un factor que hace a la proporcionalidad, y por lo tanto a la justificación, de las sanciones impuestas a los demandantes, quienes, como la Corte sostuvo anteriormente, tenían un derecho indudable a llamar la atención sobre el asunto público en cuestión (ver, *mutatis mutandis*, *Cumpănă and Mazăre v. Romania* [GC], no. 33348/96, § 114, ECHR 2004-XI)"³².

³⁰ *Idem*, párr. 42.

³¹ Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa*, *supra*, párr. 133.

³² "The Court further recalls the chilling effect that the fear of sanction has on the exercise of freedom of expression (see, *mutatis mutandis*, *Wille v. Liechtenstein* [GC], no. 28396/95, § 50, ECHR 1999-VII; *Nikula v. Finland*, no. 31611/96, § 54, ECHR 2002-II; and *Elci and Others v. Turkey*, nos. 23145/93 and 25091/94, § 714, 13 November 2003). This effect, which works to the detriment of society as a

La mera existencia de una sanción, independientemente de su gravedad, importa una restricción al derecho a la libertad de expresión. Cuando una persona, como sucede en el caso, ejerce un derecho humano dentro de los límites y condiciones garantizados por la Convención, los Estados no están autorizados a aplicar sanciones de ningún tipo, sea que se trate de sanciones civiles o bien de sanciones penales. Esto es así, por un lado, en tanto cualquier sanción importa una decisión estatal de considerar ilegal la conducta señalada, y es evidente que dicha decisión limitará y tendrá un efecto inhibitorio en las conductas de todas las personas que se propongan actuar de conformidad con la ley vigente; por otro lado, la aplicación de una sanción promoverá que la persona sancionada y el resto de la población no actúen en el futuro del mismo modo, a los fines de librarse o evitar toda sanción.

De este modo, cuando la conducta de una persona configura el ejercicio regular de un derecho garantizado por la Convención, **la mera existencia de una sanción importa una violación al derecho constitucional a la libertad de expresión**. En estos casos, no se trata de una cuestión de proporcionalidad de la sanción, sino de la incompatibilidad de cualquier tipo de sanción o consecuencia legal desfavorable.

Al respecto, el Informe de la Relatoría de Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos correspondiente al año 2009, tomando citas de fallos contenciosos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha expresado:

"108. En los casos de imposición de responsabilidades ulteriores orientadas a proteger los derechos ajenos a la honra, buen nombre y reputación, se debe dar cumplimiento estricto a los requisitos establecidos en el artículo 13.2 de la Convención Americana para limitar el derecho a la libertad de expresión. En términos de la CIDH, "[e]l posible conflicto que pudiese suscitarse en la aplicación de los artículos 11 y 13 de la Convención [Americana], a juicio de la [CIDH], puede solucionarse recurriendo a los términos empleados en el propio artículo 13", esto es, mediante la imposición de responsabilidades ulteriores que llenen los requisitos enunciados. Como se mencionó, los requisitos que debe satisfacer cualquier restricción a la libre expresión, son claramente establecidos por la jurisprudencia y pueden resumirse como sigue. En primer lugar, debe quedar demostrada la existencia de un daño cierto o una amenaza cierta de daño a los derechos ajenos: es necesario que los derechos que se pretende proteger se encuentren claramente lesionados o amenazados, lo cual compete demostrar a quien solicita la limitación, ya que si no hay una lesión clara y arbitraria de un derecho ajeno, las responsabilidades ulteriores resultan innecesarias (CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Transcritos en: Corte I.D.H., Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 72 f).".

En el caso el querellante ha planteado que los dichos afectan la confianza del pueblo en las instituciones. Nada más desafortunado para intentar justificar una acción privada tipificada para la protección de la honra individual en cuestiones que no atañen al interés público.

whole, is likewise a factor which goes to the proportionality of, and thus the justification for, the sanctions imposed on the applicants, who, as the Court has held above, were undeniably entitled to bring to the attention of the public the matter at issue (see, *mutatis mutandis*, *Cumpăna and Mazăre v. Romania* [GC], no. 33348/96, § 114, ECHR 2004-XI)" (TEDH, *Caso Lombardo y otros c Malta* (Application no. 7333/06), sentencia del 24 de abril de 2007, párr. 61).

Pero tampoco, al margen de lo que más adelante se expondrá, se toma en cuenta lo dicho en el trabajo mencionado del Informe Anual de la CIDH elaborado por la Relatoría Especial de Libertad de Expresión:

"109. En particular, el test estricto de necesidad a ser aplicado exige que, en todo caso, el Estado escoja para reparar el daño los medios menos costosos para la libertad de expresión. En tal medida, en primer lugar, se debe apelar al derecho de rectificación o respuesta que está consagrado expresamente en el artículo 14 de la Convención Americana. Sólo en caso de que ello sea insuficiente para reparar el daño que se ha causado, podrá apelarse a la imposición de responsabilidades jurídicas más costosas para quien abusó de su derecho a la libertad de expresión, y con ello generó un daño cierto y grave sobre derechos de otras personas o bienes jurídicos especialmente tutelados por la Convención Americana."

V.7 La incidencia de la ley 26.551

a) Precedentes del sistema interamericano

Como fuera anteriormente planteado, a resultas de la decisión de la Corte IDH en "Kimel vs. Argentina"³³, en virtud de la violación de los principios de legalidad y necesidad emergentes del artículo 13.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, caso llevado por nuestra entidad, el Estado Argentino modificó el texto de - entre otros - los artículos por los cual el querellante lleva a cabo su acción.

No es el objeto de esta presentación plantear si los hechos sujetos a público debate existieron o no y si los dichos superan el test de veracidad.

Antes bien, nuestra intención es resguardar la eventualidad de precedentes judiciales que no sean consistentes o respetuosos del cambio de la legislación y ello no resultaría solamente de las decisiones definitivas sino de la sujeción a proceso penal a quien toma la voz pública en un tema de interés público.

En el caso "Ricardo Canese v Paraguay" la Corte Interamericana afirmó que

98. "El Tribunal ha establecido que es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático".

100. "Las anteriores consideraciones no significan, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático. Asimismo, la protección de la reputación de particulares que se encuentran inmiscuidos en actividades de interés público también se deberá realizar de conformidad con los principios del pluralismo democrático".

33 Sentencia del 2 de mayo de 2008; Serie C Nº 177

102. “La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido de manera consistente que, con respecto a las limitaciones permisibles sobre la libertad de expresión, se debe distinguir entre las restricciones que son aplicables cuando el objeto de la expresión se refiera a un particular y, por otro lado, cuando haga referencia a una persona pública como, por ejemplo, un político. Al respecto, la Corte Europea ha manifestado que:

Los límites de la crítica aceptable son, por tanto, respecto de un político, más amplios que en el caso de un particular. A diferencia de este último, aquel inevitable y conscientemente se abre a un riguroso escrutinio de todas sus palabras y hechos por parte de periodistas y de la opinión pública y, en consecuencia, debe demostrar un mayor grado de tolerancia. Sin duda, el artículo 10, inciso 2 (art. 10-2) permite la protección de la reputación de los demás –es decir, de todas las personas- y esta protección comprende también a los políticos, aún cuando no estén actuando en carácter de particulares, pero en esos casos los requisitos de dicha protección tienen que ser ponderados en relación con los intereses de un debate abierto sobre los asuntos políticos” .

103. “Es así que tratándose de funcionarios públicos, de personas que ejercen funciones de una naturaleza pública y de políticos, se debe aplicar un umbral diferente de protección, el cual no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, en ese ámbito se ven sometidos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público” . (...)

104. “Con base en las anteriores consideraciones, corresponde al Tribunal determinar si, en este caso, la aplicación de responsabilidades penales ulteriores respecto del supuesto ejercicio abusivo del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión a través de declaraciones relativas a asuntos de interés público, puede considerarse que cumple con el requisito de necesidad en una sociedad democrática. Al respecto, es preciso recordar que el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita”.

107. “Asimismo, el Tribunal considera que, en este caso, el proceso penal, la consecuente condena impuesta al señor Canese durante más de ocho años y las restricciones para salir del país durante ocho años y casi cuatro meses constituyeron medios indirectos de restricción a la libertad de pensamiento y de expresión del señor Canese. Al respecto, después de ser condenado penalmente, el señor Canese fue despedido del medio de comunicación en el cual trabajaba y durante un período no publicó sus artículos en ningún otro diario”.

108. “Por todo lo expuesto, la Corte considera que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio del señor Ricardo Canese, dado que las restricciones al ejercicio de este derecho impuestas a éste durante aproximadamente ocho años excedieron el marco contenido en dicho artículo”.

Resultan indispensables los comentarios al Principio 10 que se encuentran publicados en el "Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000. Volumen III, Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, 2001". En el citado informe se expuso:

42. "Este principio se refiere básicamente a la necesidad de revisar las leyes que tienen como objetivo proteger el honor de las personas (comúnmente conocidas como calumnias e injurias). 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. Las leyes de calumnias e injurias son, en muchas ocasiones, leyes que en lugar de proteger el honor de las personas son utilizadas para atacar o silenciar, el discurso que se considera crítico de la administración pública".

43. "La Comisión Interamericana ha expresado que la penalización de las expresiones dirigidas a los funcionarios públicos o a particulares involucrados voluntariamente en cuestiones relevantes al interés público es una sanción desproporcionada con relación a la importancia que tiene la libertad de expresión e información dentro de un sistema democrático. "Es evidente que tales sanciones no pueden justificarse, sobre todo, considerando la capacidad de las sanciones no penales para reparar cualquier perjuicio ocasionado a la reputación de los individuos." La democracia representativa exige que los funcionarios públicos, o todas aquellas personas que están involucradas en asuntos de interés público, sean responsables frente a los hombres y mujeres que representan. Los individuos que conforman una sociedad democrática delegan en los representantes el manejo de los asuntos de interés para toda la sociedad. Pero, la titularidad sobre los mismos se mantiene en la sociedad, la cual debe contar con un derecho amplio para monitorear con las mínimas restricciones posibles el manejo de los asuntos públicos por parte de los representantes.

En este sentido la CIDH sostuvo:

Una ley que ataque el discurso que se considera crítico de la administración pública en la persona del individuo objeto de esa expresión afecta a la esencia misma y al contenido de la libertad de expresión".

44. La necesidad de un control completo y eficaz sobre el manejo de los asuntos públicos como garantía para la existencia de una sociedad democrática requiere que las personas que tengan a su cargo el manejo de los mismos cuenten con una protección diferente frente a las críticas que tendría cualquier particular que no esté involucrado en asuntos de interés público. Dentro de este contexto la Comisión Interamericana ha manifestado que la aplicación de leyes para proteger el honor de los funcionarios públicos que actúan con carácter oficial les otorga injustificadamente un derecho a la protección de la que no disponen los demás integrantes de la sociedad. Esta distinción invierte indirectamente el principio fundamental de un sistema democrático que hace al gobierno objeto de controles, entre ellos, el escrutinio de la ciudadanía, para prevenir o controlar el abuso de su poder coactivo. Por otra parte, el hecho que los funcionarios públicos y personalidades públicas posean, por lo general, un fácil acceso a los

medios de difusión que les permite contestar los ataques a su honor y reputación personal, también es una razón para prever una menor protección legal a su honor.

45. “La obligación del Estado de proteger los derechos de los demás se cumple estableciendo una protección estatutaria contra los ataques intencionales al honor y a la reputación mediante acciones civiles y promulgando leyes que garanticen el derecho de rectificación o respuesta. En este sentido, el Estado garantiza la protección de la vida privada de todos los individuos sin hacer un uso abusivo de sus poderes coactivos para reprimir la libertad individual de formar opinión y expresarla”. (...)

47. “La Comisión ha manifestado que este es especialmente el caso en la arena política en donde la crítica se realiza frecuentemente mediante juicios de valor y no mediante declaraciones exclusivamente basadas en hechos. Puede resultar imposible demostrar la veracidad de las declaraciones dado que los juicios de valor no admiten prueba. De manera que una norma que obligue al crítico de los funcionarios públicos a garantizar las afirmaciones fácticas tiene consecuencias perturbadoras para la crítica de la conducta gubernamental. Dichas normas plantean la posibilidad de que quien critica de buena fe al gobierno sea sancionado por su crítica

Debe quedar claro que no importa, en este caso concreto, si se trata de la imposición de una pena a título de la figura de “calumnias” o de “injurias” o de “difamación” o de “desacato”. La circunstancia determinante de las conclusiones de los órganos del sistema interamericano para declararlas como leyes contrarias a la Convención consiste en la naturaleza de la sanción penal, esto es, en los efectos que para la libertad de expresión produce una sanción de carácter represivo.

Entendemos innecesario abundar sobre la imperiosa aplicación de los estándares de vigencia de los derechos humanos, más los tratados que los amparan y las decisiones de los órganos de los sistemas en el derecho argentino. Tanto en lo que hace a la legislación como a la jurisprudencia, por vía de lo mandatado en el artículo 2 de la convención Americana incorporada en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Dicho ello, es menester agregar que el artículo 110 en el que la querrela funda su pretensión fue fulminado como incompatible con la Convención Americana por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Kimel cuando dice explícitamente, en su párrafo 62 y siguientes:

62. “En el presente caso ni la Comisión ni los representantes alegaron la violación del artículo 9 de la Convención Americana que consagra el principio de legalidad. Sin embargo, el Tribunal estima que los hechos de este caso, aceptados por el Estado y sobre los cuales las partes han tenido amplia posibilidad de hacer referencia, muestran una afectación a este principio en los términos que se exponen a continuación”.

63. “La Corte ha señalado que “es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información”. En este sentido, cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación

penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano. Al respecto, este Tribunal ha señalado que:

La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana ”.

66. “La Corte resalta que en el presente caso el Estado indicó que “la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, importa el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas contempladas en el artículo 2 de la Convención Americana” (supra párr. 18).

67. “En razón de lo anterior y teniendo en cuenta las manifestaciones formuladas por el Estado acerca de la deficiente regulación penal de esta materia, la Corte considera que la tipificación penal correspondiente contraviene los artículos 9 y 13.1 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma”.

71. “Como quedó establecido en el párrafo 55 supra, los jueces, al igual que cualquier otra persona, están amparados por la protección que les brinda el artículo 11 convencional que consagra el derecho a la honra. Por otra parte, el artículo 13.2.a) de la Convención establece que la “reputación de los demás” puede ser motivo para fijar responsabilidades ulteriores en el ejercicio de la libertad de expresión. En consecuencia, la protección de la honra y reputación de toda persona es un fin legítimo acorde con la Convención. Asimismo, el instrumento penal es idóneo porque sirve el fin de salvaguardar, a través de la conminación de pena, el bien jurídico que se quiere proteger, es decir, podría estar en capacidad de contribuir a la realización de dicho objetivo. **Sin embargo, la Corte advierte que esto no significa que, en la especie que se analiza, la vía penal sea necesaria y proporcional, como se verá infra**”. (el destacado nos pertenece)

85. “Respecto al grado de afectación de la libertad de expresión, la Corte considera que las consecuencias del proceso penal en sí mismo, la imposición de la sanción, la inscripción en el registro de antecedentes penales, el riesgo latente de posible pérdida de la libertad personal y el efecto estigmatizador de la condena penal impuesta al señor Kimel demuestran que las responsabilidades ulteriores establecidas en este caso fueron graves. Incluso la multa constituye, por sí misma, una afectación grave de la libertad de expresión, dada su alta cuantía respecto a los ingresos del beneficiario ”.

86. “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 no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza, como sucede cuando un juez investiga una masacre en el contexto de una dictadura militar, como ocurrió en el presente caso”.

87. “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”.

En virtud de estas y similares consideraciones, la Corte IDH resolvió no sólo dejar sin efecto la sentencia condenatoria a Kimel, sino también ordenar la adecuación del derecho interno a la Convención. Tal adecuación está plasmada en la redacción del Código Penal Argentino tras la sanción de la ley 26.551.

Dice a tal efecto la sentencia:

123. “La Corte ha determinado que la sentencia condenatoria emitida en contra del señor Kimel implicó la violación de su derecho a la libertad de expresión (supra párr. 95). (...)”.

En el capítulo vinculado a garantías de no repetición, es decir aquellas circunstancias que toman virtualidad en el presente caso, la Corte IDH resolvió:

“C) Adecuación del derecho interno a la Convención.

127. La Comisión indicó que “es indispensable que el Tribunal ordene al Estado argentino que adopte, en forma prioritaria, las reformas legislativas y de otro carácter que sean necesarias para evitar que hechos similares se repitan”. Los representantes sostuvieron que “se debe llevar adelante una reforma legal de los delitos de calumnias e injurias, y de las normas del Código Civil en tanto el modo en que se encuentran reguladas estas figuras –en virtud de su redacción y falta de precisión- da vía libre para que los tribunales argentinos fallen con criterios discrecionales, fomentado el dictado de numerosas sentencias violatorias a la libertad de expresión”.

128. Teniendo en cuenta lo señalado en el Capítulo VI de esta Sentencia, el Tribunal estima pertinente ordenar al Estado que adecue en un plazo razonable su derecho interno a la Convención, de tal forma que las imprecisiones reconocidas por el Estado (supra párrs. 18 y 66) se corrijan para satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y, consecuentemente, no afecten el ejercicio del derecho a la libertad de expresión”.

Decidiendo en el punto 11

“11. El Estado debe adecuar en un plazo razonable su derecho interno a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de tal forma que las imprecisiones reconocidas por el Estado (supra párrafos 18, 127 y 128) se corrijan para satisfacer los requerimientos de

seguridad jurídica y, consecuentemente, no afecten el ejercicio del derecho a la libertad de expresión”.

b. Los nuevos estándares fijados por el Código Penal:

El 27 de noviembre de 2009 se publicó en el Boletín Oficial la ley 26551 que modificó el texto del articulado del Código Penal, en materia de delitos contra el honor, utilizado por la querrela para formar su pretensión y trabar la litis. La querrela parece ignorar el hecho.

También parece ignorar el querellante que fue el gobierno del que forma parte el que envió al Congreso Nacional el proyecto de ley modificando los artículos del Título II del Libro Segundo del CP en los que intenta fundar su acción, generando con ello un dispendio jurisdiccional injustificable desde cualquier punto de vista. Tanto desde la pretensión de la defensa de su honra y reputación personal, cuanto desde la insólita invocación de la afectación de la "confianza de los ciudadanos en la gestión pública"

El nuevo 110 dice: "Art. 110.- El que intencionalmente deshonorare o desacreditare a una persona física determinada será reprimido con multa de pesos mil quinientos (\$ 1.500.-) a pesos veinte mil (\$ 20.000.-). En ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. Tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público."

Lo propio respecto del delito de calumnias.: - La calumnia o falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado que dé lugar a la acción pública, será reprimida con multa de pesos tres mil (\$ 3.000.-) a pesos treinta mil (\$ 30.000.-). En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas.

Al respecto la jurisprudencia ya tiene dicho:

"En los flamantes preceptos se desecha categóricamente la configuración de los delitos de calumnias e injurias cuando las expresiones atribuidas al acusado se refieran a asuntos de interés público o no sean asertivas. Creo que en la descripción del hecho que motiva este expediente y por el que se querrela en autos, puede advertirse palmariamente la primera de estas situaciones, pues se vincula con los dichos vertidos por un legislador de la Ciudad de Buenos Aires para criticar –si bien con fuertes expresiones– la designación de un funcionario público en la misma órbita estatal. (...)En esta dirección cabe interpretar entonces que el sindicato vertió expresiones acerca de un asunto de interés público, desde que se trata de su concepto referente al desenvolvimiento profesional del querellante en la órbita de un organismo dependiente de la comuna metropolitana, lo que las excluye del marco típico delineado para las figuras de calumnias e injurias actualmente en vigencia. (...), la prohibición expresa de criminalización que consagran las normas contenidas en los reformados artículos 109 y 110 veda la persecución penal por manifestaciones de las características enunciadas cuando guardan relación con un asunto de interés público, como es el caso.Entiendo que sólo resta definir seguidamente el concepto de "interés público" y es vasta la doctrina autorizada que se ha ocupado del tema.

Por ello, habré de seleccionar las opiniones que, en mi criterio, sintetizan la naturaleza de esta debatida cuestión. De Luca ha dicho que "...Debe trazarse una distinción en las ofensas entre sujetos privados y las de interés general...Las comprobaciones criminológicas sobre el funcionamiento del sistema penal pueden ser aplicadas solamente a los casos donde la expresión enjuiciada supera el conflicto interpersonal y se inscribe en un marco que interesa a los demás miembros de la comunidad (p.ej., nos interesa conocer si un funcionario o candidato es honorable)...["Libertad de prensa y delitos contra el honor: delitos contra el honor cometidos a través de la prensa", 1a. edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, p. 53].-

Por su parte Julio César Rivera (h) estima –luego de un exhaustivo análisis de la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal, de tribunales extranjeros y otros inferiores– que

"...aun cuando el que habla o escribe esté motivado por odio o mala voluntad, su expresión está protegida por la libertad de expresión, cuando se trata de cuestiones de interés público [...] ...cabe señalar que tanto el funcionario público como la figura pública (vinculada a una cuestión de interés público) asumen voluntariamente una posición en donde se encuentran más expuestos a la crítica y a los ataques. No se puede ejercer un trabajo que implica la adopción de decisiones relacionadas con el bienestar de la sociedad y que afectan a...todos o gran parte de los ciudadanos y al mismo tiempo pretender estar exento de críticas y ataques por parte de aquellas personas que no están de acuerdo con las decisiones tomadas... [Rivera (h), Julio César, "El derecho de crítica en cuestiones de interés público y el delito de injurias", publicado en La Ley Litoral, 01/01/2002, 1268]. Por último, un reciente artículo jurídico dirigido a examinar los alcances de la reforma concluye en que "...La importancia de la descriminalización de las expresiones sobre asuntos de interés público obedece al peligro del cercenamiento del debate político con las consecuencias desfavorables que ello acarrea para el sistema democrático, en la necesidad de evitar la inhibición de la expresión por temor a secuelas desfavorables (autocensura). En temas de trascendencia pública, es necesario que salgan a la luz todos los hechos y opiniones posibles para que el pueblo pueda formarse su propia opinión al respecto..." (Gil Lavedra, Ricardo – Cano, Alicia, "Un paso positivo. Comentario a la ley 26.551", La Ley, Buenos Aires, 07/12/2009, p.1).-

(...)En síntesis, como ya lo apuntara precedentemente, la nueva normativa consagra una prohibición expresa de criminalización para las conductas objetivamente ofensivas del honor cuando éstas se manifiesten con los fines y las formas especificadas en los reformados artículos 109 y 110 de la ley de fondo, sin perjuicio de las acciones que pueda intentar, quien se considera ofendido, en otra sede judicial.-" Causa N° 1962 /09 "K., D. G. s/ desestimación" Int. Sala IV C. 13–79 (24.877 – 42.835/09) 1° de febrero de 2010.

Por su parte, la Cámara Federal de la Capital Federal decidió:

"(...) (c)on el tipo penal así concebido -y a diferencia de lo que ocurría con su anterior redacción- se abren mayores posibilidades de evaluar en cada caso la concurrencia o no de ilícito en el marco propio de la excepción planteada, por cuanto a fin de resolver esta cuestión deberá contrastarse si el calificativo empleado por la querrelada, que el demandante reputa como lesivo a su honor guarda relación con un asunto de interés de público, puesto que, tal como señala la recurrente, la figura penal no impone otro requisito distinto del enunciado a fin de excluir la configuración del delito de injurias.- (voto de mayoría). "Frente a este cuadro, para evaluar la concurrencia de la causal de atipicidad, no corresponde estudiar si las manifestaciones en

cuestión pudieron o no interesar al público o enriquecer el debate -cuestión cuyo escrutinio ha de quedar en manos de la ciudadanía-, sino si se refieren o guardan relación con asuntos de interés público. Esta óptica no es compatible, a mi entender, con el sentido de la reforma. Si ésta tuvo como objetivo adecuar el derecho interno a los estándares internacionales -en especial, a la luz de la interpretación de los órganos encargados de leer y aplicar los tratados de Derechos Humanos- y, en esta dirección, privilegiar, en determinados asuntos -por cierto, bajo parámetros de proporcionalidad-, la libre expresión frente a eventuales afrentas al honor, destacando que aún la exigencia de responsabilidad posterior podía aparejar efectos disuasorios respecto de esa libre expresión, el tratamiento de la cuestión como excepcional y la consecuente evaluación del contenido de las manifestaciones no cumple con aquellos objetivos.-" (del voto del Dr. Farah). Causa n° 28.920 - "Carrió, Elisa María Avelina s/exceptión de falta de acción"- (Expte. 3.911/09/1) – CNCRIM Y CORREC FED – SALA II – 06/05/2010.

Otra resolución de la misma Cámara señala

"IV.- Ahora bien, el 2 de mayo de 2008 en consonancia con aquellos criterios se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo Kimel vs. Argentina donde estimó pertinente ordenar al Estado que adecue en un plazo razonable su derecho interno, en los delitos de calumnias e injurias, a la Convención Americana, de tal forma que las imprecisiones reconocidas por el Estado Nacional se corrijan para satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y, consecuentemente, no afecten el ejercicio de la libertad de expresión (ver considerando 128 y sus remisiones a los puntos 18 y 66). Tal fallo finalmente condujo a la reforma legislativa en la materia que ahora nos rige.- (...)

Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza..." siendo que "en la arena del debate sobre temas de alto interés público, no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población" (párrafos 86 y 88 del fallo "Kimel", del 2 de mayo de 2008).- (Cámara Nac. De Apelaciones en lo Criminal y correccional Fed. Sala II - Causa n° 29.175 "Fernández, Aníbal s/exceptión de falta de acción" 12 de julio de 2010

En un caso recientemente resuelto en la Justicia de Chubut, recogiendo los mismos precedentes, el tribunal interviniente sólo puso en debate la presencia de interés público como único elemento a sopesar la procedencia de una excepción de falta de acción dado el carácter de los intervinientes en el juicio, que no eran funcionarios públicos.

Para ello consigna la resolución que hace lugar al planteo sobre:

" En relación a que no se trata de un Juez (y podríamos ampliar a funcionario público), advierto que si nos halláramos ante tal supuesto estaría fuera de toda discusión la atipicidad de las presuntas injurias. Y cabe señalar que, a la luz de lo que sostuvo la suscripta en el fallo "Fiscalía de FERIA..." (también denominado "Megacausa") respecto del carácter que revisten los directivos del Banco del Chubut, tomando los dichos de la audiencia respecto de que la querellante Raquel Fuertes -Secretaría del Sindicato- es al mismo tiempo miembro del Directorio

del Banco del Chubut por los empleados bancarios (acciones clase B), labor cuestionada en los panfletos, a la luz de la jurisprudencia citada, cabe excluir de mayor análisis por atípicos los dichos de los querellados en relación a Fuertes por tratarse de una funcionaria pública.

Ahora bien, no solo comprende la jurisprudencia la posibilidad de aplicar la reforma a los funcionarios públicos, sino también a figuras públicas o particulares que hubieren intervenido en cuestiones que guarden relación con el interés público, por lo que en cualquiera de dichos casos la capacidad de los Estados de aplicar sanciones penales debe excluirse -y reducirse al mínimo posible las sanciones civiles-. (conf. "Implementación de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso Eduardo Kimel c. Argentina" informe del CELS (Centra de Estudios Legales y Sociales)" Legajo nro -1/2011, caratulada: "Carlos Horacio Acuna s/ Querrella" y su acumulada "Fuertes Elva Raquel s/ Querrella" carpeta nro 3553. Trelew, 2 de noviembre de 2011, Dra. Ana Laura Servent.

De allí la impertinencia de la acción penal intentada por el querellante en este legajo.

El Código penal Argentino no admite más el trámite de querellas por delitos contra el honor cuando, como en el caso, se dilucidan dichos de interés público.

V.8 La aplicación de los estándares a los hechos del caso

La aplicación de los estándares antes referidos a los hechos del caso demuestra que la acción intentada debe ser declarada inadmisibile, toda vez que, de acuerdo a las previsiones del artículo 415 del código de rito, no estamos frente a la comisión de un delito, correspondiendo - en su caso - sobreseer las actuaciones por imperio del artículo 336, inciso 3o. del mismo cuerpo.

VI. CONCLUSIÓN

El interés del presente *amicus* consiste en acercarle a V.S. aquellos argumentos de derecho internacional y nacional de los derechos humanos, en especial de derecho a la libertad de expresión e información, que pueden resultar de utilidad para resolver el presente caso en el que — como fuera dicho— debe disponerse in límine la inadmisibilidad de la pretensión.

La jerarquía constitucional de los instrumentos de derechos humanos consagrada en el art. 75 inc. 22 de la Constitución, presupone el acondicionamiento de todo el aparato gubernamental, incluido el ejercicio del Poder Judicial, al pleno respeto y garantía de estos instrumentos. Dada la jerarquía constitucional otorgada a dichos instrumentos, su violación no sólo implica la violación de la Constitución misma sino que constituye un supuesto de responsabilidad internacional del Estado, que - en las condiciones ya explicitadas - modificó su legislación penal para hacerla compatible con los estándares de libertad de expresión del sistema Interamericano de Derechos Humanos

Por ello, los tribunales internos son quienes tienen a su cargo velar para que todas las obligaciones internacionales asumidas por la Argentina en materia de derechos humanos, incluidas las incorporadas en la Convención, sean plenamente respetadas y garantizadas por los otros poderes del Estado. Según sostiene la doctrina: "El estado tiene el derecho de delegar la aplicación e

interpretación de los tratados en el Poder Judicial. Sin embargo, si los tribunales cometen errores en esa tarea o deciden no hacer efectivo la aplicación del Tratado (...) sus sentencias hacen incurrir al Estado en la violación de aquél³⁴. Tanto más cuando se ha modificado la legislación positiva interna como resultado de un pleito entablado ante la Corte IDH en las condiciones ya expuestas.


Y creemos que en el caso, si bien se podría cumplir el principio de legalidad reclamado en el artículo 13.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, no se podría considerar cumplimentado el requisito de fin legítimo – bajo la posición sentada por la Comisión Interamericana respecto a los funcionarios públicos en el Capítulo V del Informe Anual 1994- y mucho menos aún evaluar que estamos ante la satisfacción de la “necesidad social imperiosa” en el marco del estado de derecho, que reclama el Sistema Interamericano para aplicar una condena por ejercicio del derecho a informar..


VII. PETITORIO

Por todo lo expuesto, y esperando que nuestro eventual aporte pueda contribuir a una justa resolución del caso a V.S. solicitamos:

- 1) Se tenga al Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) como presentado en carácter de Amicus Curiae en esta causa.
- 2) Se tengan en cuenta los fundamentos de derecho expuestos en el presente documento y se resuelva en consecuencia.

Proveer de conformidad y tener presente que,
Es Justicia


Gastón Chillier
Director Ejecutivo
Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)



³⁴ LORD McNAIR: “The Law of Treaties”, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 346