



## **XVII CONGRESO NACIONAL y VII LATINOAMERICANO DE**

### **SOCIOLOGÍA JURÍDICA**

**Tucumán, Argentina – 5, 6 y 7 de octubre de 2016**

## **DERECHO AL HONOR VS. DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS.**

### **Autores:**

- Abog. Fabricio Falcucci, DNI 31.648.495, Facultad de Derecho y Cs Sociales, Universidad Nacional de Tucumán.
- Yanina Patricia Morales, DNI 33.973.690, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Tucumán.

### **Comisión N° 7) Derechos Humanos, discriminaciones y conflictos sociales.**

#### **Introducción**

El objetivo del presente análisis es establecer el equilibrio que consideramos correcto entre dos preceptos jurídicos: el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión, su importancia, y primacía en el ordenamiento.

Este debate pretende evadirse de cuestiones específicamente políticas y surge producto de un precedente jurisprudencial sin parangón en el derecho argentino.

La sentencia bajo examen, entendemos, contiene serios defectos en su argumentación y se inscribe en la historia negra de las decisiones judiciales nacionales, por las razones que trataremos de exponer.

Se observa un dogmatismo a partir del cual, la magistrada interviniente no logró fundar su inclinación por el derecho al honor promovido en la demanda por daños y perjuicios, ni la precisión de las citas de jurisprudencia que efectúa para arribar a tal decisión. Tampoco resultan acertadas las definiciones sobre diferentes institutos que demita: “figura pública”, “daño moral”, “Sátira” y “Real Malicia”.

Por último, encauza el pleito por la vía civil y considera afectado el derecho al honor de la accionante prescindiendo de realizar el control de convencionalidad que



hubiera, a nuestro criterio resultado pertinente, destacando al derecho a la libertad de expresión como “libertad de preferencia” en las sociedades bajo la forma de gobierno democráticas, con un sustrato lógico desde luego. Ese camino es el que ha marcado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Fontevecchia”<sup>1</sup> y no fue tenido en cuenta en el presente.

Por otro lado, al tratarse de una indemnización de menor cuantía, la ley no permite la posibilidad de apelar la sentencia, lo que a todas luces torna aún más grave la situación de que se trata. Pando de Mercado María Cecilia y Otro c/ Gente Grossa SRL s/Daños y Perjuicios (29/4/2016), nos posibilita adentrarnos en ese análisis en virtud de su contenido y alcance.

### **Hechos controvertidos**

En la edición del 13 de agosto de 2010 la revista Barcelona publicó en su contratapa (edición 193) una foto trucada en la que aparece la actora desnuda y maniatada con una red. El fallo proviene del Juzgado Nacional de Primera Instancia Civil n° 108 con sede en Ciudad Autónoma de Buenos Aires a cargo de la Dra. Susana A. Nóvile y la sentencia fue fechada el 29/4/2016.

La actora (Pando de Mercado) sostuvo en el juicio por el que reclamó indemnización por daños y perjuicios que la publicación lesionaba su honra ya que está casada con el Mayor (RE) Pedro Rafael Mercado desde hace 23 años y tiene 7 hijos cuyas edades eran al momento de la publicación 21, 19, 17, 15, 14, 12 y 10 años, razón por la cual sufrieron la humillación que significa ver a su madre expuesta de manera infame y mentirosa.

Previamente, la actora tramitó ante el mismo juzgado una acción de amparo con el objeto de que se retirara de circulación la revista, requiriéndolo como medida cautelar que fue desestimada, pero luego esta medida fue revocada por la Sala D de la Cámara de Apelaciones. Sin perjuicio de ello, no se habría dado cumplimiento con la orden judicial conforme un acta notarial que agregó a los actuados.

---

<sup>1</sup> Corte Interamericana de Derecho Humanos, Caso: Fontevecchia y D’amico vs. Argentina, Sentencia del 29/11/2011.



Por su parte, la demandada (Gente Grossa SRL) indicó que la actora es una “figura pública” y “por demás provocadora” que toma la defensa de los militares argentinos genocidas durante la última dictadura militar (1976-1983) y realiza actos públicos a fin de exponer su punto de vista y consecuentemente no sólo expone sus ideas sino también su figura pública.

Alega que “Barcelona” es una revista quincenal que toma una noticia y le otorga nuevo significado con intencionalidad política, que intenta llevar al lector a la reflexión y al debate ofreciendo a su público un punto de vista diferente al de otros medios de prensa. Afirma que no hay en sus publicaciones ningún contenido erótico ni pornográfico. Señala que el hecho que dio origen a la publicación fue cuando el 4/8/2010 Cecilia Pando se encadenó junto a otras mujeres al edificio Libertador sede de la cartera de Defensa para denunciar las condiciones en que están presos los condenados en juicio de lesa humanidad. La edición 193 se publicó el día viernes 13 de agosto de 2010 y en ese contexto se dio la contratapa. Alega que teniendo en cuenta que la actora se había encadenado al edificio del Estado Mayor del Ejército en Buenos Aires, “cae de maduro la interpretación que puede darse a la imagen del cuerpo desnudo que no pertenece ni se asemeja en nada, al menos a simple vista, al de la señora Pando”, y que no hizo otra cosa que reflejar la noticia utilizando el recurso de la sátira y la parodia característica de la revista. Destaca que no se quiso afectar la honra y el honor de la actora, menos humillarla, sino que se satirizó una noticia pública.<sup>2</sup>

### **La resolución del caso**

La decisión de la magistrada interviniente en la causa en examen se dividió en 14 puntos de reflexión. En el punto 1 se delimita la pretensión de la actora consistente en indemnización por daños y perjuicios y la de la demandada en el rechazo de la acción porque a su entender “no hizo otra cosa que reflejar la noticia utilizando el recurso de la sátira y la parodia y que, de ningún modo, quiso afectar la honra y el honor de la actora, menos humillarla”.

En el punto 2 la jueza encuadra el caso como típico reclamo de daños y perjuicios derivados de una publicación periodística (art. 377 del Código Procesal) colocando en

---

<sup>2</sup> Fallo: Pando de Mercado María Cecilia y Otro c/Gente Grossa SRL S/Daños Y Perjuicios (Expte. N° 63.667/2012) Juzgado de Primera Instancia Civil n° 108, Poder Judicial de la Nación.



cabeza de las partes la prueba de los hechos invocados. En el Punto 3, se cita el extremo legal del art. 14 de la Constitución Nacional en lo pertinente a la garantía del derecho de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa. Referencia el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos inc. 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 a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”

Delimita también el derecho al honor, a la integridad moral y a la intimidad a la luz de los arts. 14, 19 y 33 de la C.N. interpretando que “la protección jurídica que, según el art. 19 de la Constitución Nacional, debe prestarse al hombre, se refiere concretamente a dos aspectos: 1) el denominado *forum internum*, el mundo interior del hombre y las acciones que no se exteriorizan, y 2) las acciones y actos personales que trascienden al exterior y que pueden ser conocidos por terceros, mientras no afecten el orden social, a la moral pública, ni a los derechos de los demás”. Se subraya la doctrina del caso Ponzetti de Balbín, Indalia y otro c/ Editorial Atlántida SA (Fallos 306:1892) en lo concerniente al derecho a la privacidad e intimidad individual, de las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad. Se referencia al art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) que dispone (en términos similares) que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales ataques”. Afirma la magistrada que “según la legislación vigente en la República, se



encuentra garantizada la publicación de las ideas por la prensa sin censura previa, pero ello puede generar responsabilidades ulteriores”.

Argumenta que “el derecho a la libertad de expresión no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o actos ilícitos civiles. El ejercicio del derecho de expresión de ideas u opiniones no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran el de la integridad moral, el honor y la intimidad de las personas. Cita el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Menem Carlos S. c/Editorial Perfil SA y otros s/daños y perjuicios” del 25/9/2001 en lo referido a que aún “el hombre público que ve restringida la esfera de su vida privada con motivo de la exposición pública a la que se halla sometido por el desempeño de su función, tiene derecho a preservar un ámbito en la esfera de la tranquilidad y secreto que es esencial en todo hombre, en tanto ese aspecto privado no tenga vinculación con el manejo de la cosa pública o medie un interés superior en defensa de la sociedad”. Esta cita particularmente, desconoce el estándares internacionales fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y nos ocuparemos Infra.

En el punto 4 afirma que se garantizó el derecho de prensa a la demandada en tanto publicó su revista y vendió más del doble de los ejemplares que en una tirada común.

En el punto 5 se adentra en la definición respecto a si la demandada es una figura pública o privada. Refiere la sentencia un voto en disidencia de la Dra. Carmen Argibay en “Canavesi, Eduardo J. y otra c/Diario ‘El Día’ Soc. Impr. Platense SACI s/daños y perjuicios” del 8/6/2010 en el considerando 9° que a su vez hace referencia otra decisión de la CSJN en “Vago, Jorge Antonio c/Ediciones La Urraca S.A y otro” donde la Cámara basó su conclusión de que Vago era una figura pública en dos pautas:

- En la notoriedad de que el nombrado gozaba frente a la generalidad de los individuos en su carácter de director del semanario “Prensa Confidencial” y
- En el hecho de que el actor se había visto envuelto, a lo largo de su carrera profesional, en numerosas controversias que revestían interés público.



Sostiene este precedente que la prensa debe obrar con mayor cautela hacia las personas que menciona en sus publicaciones cuando ellas no son funcionarios ni figuras públicas, puesto que su vida privada es mucho más vulnerable y difícil de reparar ante la divulgación de falsedades. Concluye que la actora “es una persona privada que (en el caso) tomó participación de modo voluntario en cuestiones de interés público”.

Se menciona el caso de la Corte Suprema Norteamericana “New York Times V. Sullivan” 1964, que introdujo el concepto de Real Malicia. Aquí, se advirtió que “el derecho del público a criticar al gobierno se vería sofocado si los funcionarios contasen con la posibilidad de demandar por difamación a los medios ante cualquier error o falsedad en que éstos incurrieran. Por tal motivo, se entendió que el aseguramiento de una amplia libertad de prensa exigía poner límites a tales demandas mediante un aumento de los requisitos que debían cumplirse para su procedencia. Con ese fundamento, el tribunal desestimó la acción contra el periódico, en cuanto el interesado no había demostrado que la información difamatoria había sido publicada con conocimiento de su falsedad o con negligencia temeraria.

También se menciona el precedente del Fallo Amado Calixto Menem (fallos 326:2491C) en el que se revocó una sentencia por haber aplicado el estándar de la Real Malicia a una demanda promovida por un particular que no era funcionario público ni figura pública, quien por ese motivo sólo tenía la carga de acreditar que el medio de prensa había actuado con simple culpa. Este fue el criterio seguido por la Jueza del caso que analizamos.

En el punto 6 del decisorio se ocupa de definir el concepto de “Sátira”, como un género de la literatura que tiene finalidad de ridiculizar a una persona o que busca burlarse de determinadas situaciones apelando a la ironía, la parodia y el sarcasmo, consiguiendo expresar su rechazo a aquello que ridiculiza. Asimismo, se transcribió la declaración de testigos.

En el punto 7 se considera probado que la publicación de la revista encuentra su antecedente en comportamientos de la actora. En el punto 8 se recoge el testimonio de dos testigos presentados por la parte actora que dan cuenta que la titular de la “**Asociación de Familiares y Amigos de Presos Políticos Argentinos**” Cecilia Pando está casada, tiene siete hijos, católica, docente y en oportunidades da clases particulares.





La jueza entiende que estos datos y valores “hacen al honor de una persona que se maneja en un grupo social determinado en un tiempo y ámbito también determinado”.

En el punto 9, se entendió que sin perjuicio de que la revista es de carácter satírico, la foto y frases allí contenidas exceden un tono sarcástico y burlón y hacen una exposición exagerada de la accionante. En el punto 10, se recoge la opinión técnica de una perito psicóloga que destaca que “se observan la presencia de adecuados y suficientes mecanismos defensivos frente al impacto de sucesos conectivos. Sus principales mecanismos defensivos son: intelectualización, proyección, formación reactiva, represión y racionalización. Las técnicas de evaluación psicológicas implementadas no arrojan indicadores compatibles con vivencia de daño que sea posible vincular causalmente con el hecho de marras...En virtud del análisis e interpretación del material, es posible establecer que la Sra. Pando presenta una estructura de personalidad neurótica, con rasgos obsesivos, adaptada a la realidad. No se constatan consecuencias psicológicas disvaliosas producto de los hechos que promueven los presentes actuados, por no presentar secuelas incapacitantes de orden psíquico compatibles con la figura del daño psíquico.” Se relata el testimonio de testigos cercanos a la actora que afirman que “la señora estuvo muy angustiada y muy mal por esa exposición que se hacía de su persona” y “Cecilia estaba en crisis total, muy avergonzada, denigrada y con drama enorme en la casa porque los chicos no querían ir a la escuela”. La jueza entiende que la accionante ha demostrado que ha sido afectada en su honor y declara que ha de admitirse la demanda.

En los restantes puntos (11, 12,13 y 14) se refiere a la determinación del monto en concepto de indemnización, los alcances de la reparación por el daño que consideró probado y costas.

### **Figura Pública o Privada**

Nuestra Corte Suprema, siguiendo a la de Estados Unidos, adoptó y desarrolló dos regímenes de protección claramente diferenciados contra las publicaciones ofensivas, agraviantes o lesivas de derechos de terceros: “uno (más tuitivo) para los particulares; y otro (de protección más atenuada) para los ‘funcionarios públicos, figuras públicas o particulares involucrados en cuestiones públicas’. Así, mientras a los ‘ciudadanos comunes’ (por así decirlo) se les aplica el régimen de responsabilidad civil común; a los



segundos se les aplica la doctrina de la real malicia”<sup>3</sup>, de la que nos ocuparemos infra. Esta menor protección para las “figuras públicas” encuentra sustento en la necesidad de exponerse al escrutinio social y así el margen de aceptación y tolerancia a la crítica de funcionarios públicos, figuras públicas o particulares involucrados en cuestiones públicas debería ser mucho mayor que en el caso de los ciudadanos “de a pie”.

Seguimos en esta conceptualización a Gregorio Badeni<sup>4</sup>, quien distingue dos clases de figuras públicas: 1) Aquellas personas ampliamente conocidas en la sociedad con motivo de sus logros, actos u opiniones y que influyen sobre los grupos sociales que, además de no permanecer insensibles frente a ellos, exigen el conocimiento de sus opiniones sobre una amplia gama de áreas sociales o tópicos. 2) Aquellas personas que, si bien carecen de una fama generalizada, se involucran en debates institucionales o de relevante interés público, adquiriendo el carácter de figura pública limitado al tema objeto de la discusión y en el marco restrictivo de ella.

Consecuentemente, consideramos que Cecilia Pando pertenece al segundo grupo, ya que, es de estado y conocimiento público su ferviente militancia política; conocida por su activismo en la defensa de militares genocidas que fueron enjuiciados y condenados a raíz de delitos de lesa humanidad cometidos en la última dictadura cívico militar Argentina entre los años 1976 y 1983.

En igual sentido, la actora participa en marchas y lleva a cabo actos públicos (acción política) en defensa de su causa, a la vez que sus particulares comportamientos han sido recogidos por numerosos medios masivos de comunicación. El encadenamiento de Pando junto a sus demás colegas defensores de genocidas, que dio lugar a la causa en estudio, ha sido uno de los tantos actos públicos en los que la activista ha sido noticia. ¿Cómo es posible no considerar figura pública a quien tiene un rol tan activo en la vida pública y política Argentina, como lo es la defensa de genocidas que han ocasionado daño a nuestro país en las épocas más oscuras como lo fue la última dictadura cívico militar signada por el terrorismo de estado?.

---

<sup>3</sup> Libertad de prensa vs. Derecho a la intimidad y al honor, Frene, Lisandro, LA LEY 29/07/2016, AR/DOC/2216/2016.

<sup>4</sup> Doctrina de la real malicia, Badeni, Gregorio. LA LEY, 1181-B 1997.





La jueza que entendió en la causa, no solo omitió considerar a Pando como figura pública, sino que tampoco advirtió que la misma fue primera candidata a Diputada de la Nación por el menemista Partido Popular Porteño obteniendo cerca del 3% de los votos de su distrito en el año 2006. Una vez más se advierte la contradicción de la sentencia en estudio. ¿Es posible que una revista de sátira política se agote y venda el doble de su tirada habitual (como lo reconoce la propia magistrada en su sentencia) con una “desconocida” en su contratapa como principal protagonista de edición? La respuesta es a todas luces negativa. Ergo, la jueza Susana Nóvile hizo una errónea valoración de la actora como “figura privada”, dato no menor, ya que por este motivo, cambió por completo el resultado del pleito, dando lugar a una condena civil en contra de la editorial, que a nuestro entender constituye un límite ilegal a la libertad de expresión, acontecimiento gravísimo e inadmisibles en una sociedad democrática.

### **Deficiente enfoque a la luz de los precedentes jurisprudenciales**

El precedente que debió haber sido citado en la sentencia es *Hustler v. Falwell* del 29 de marzo de 1960 de la Corte Suprema de Justicia Norteamericana. Esta no es una afirmación arbitraria. En este hito de la jurisprudencia mundial se abordan circunstancias de hecho prácticamente idénticas a las ventiladas en el juicio cuyo análisis abordamos en este trabajo. Las definiciones introducidas respecto a las instituciones en discusión resultan palmariamente aplicables al caso y entendemos que un adecuado estudio de los extremos de este antecedente hubiera significado una herramienta trascendente y esclarecedora en la decisión final de la jueza porteña. Encontramos en él definiciones acabadas y adecuadas, que nos lleva a compartir la opinión del profesor Roberto Gargarella<sup>5</sup> respecto al yerro de “Pando de Mercado y Otros c/Gente Grossa” de omitir sus argumentaciones. Concretamente, ¿A qué nos referimos?:

### **El concepto de “Sátira” introduce la contradicción**

En el punto 6 de la sentencia se define a la “Sátira política” como un género de la literatura que tiene finalidad de ridiculizar a una persona o que busca burlarse de

---

<sup>5</sup> [seminariogargarella.blogspot.com/pando-barcelona-3-que-dan-verguenza-o.html](http://seminariogargarella.blogspot.com/pando-barcelona-3-que-dan-verguenza-o.html).



determinadas situaciones apelando a la ironía, la parodia y el sarcasmo, consiguiendo expresar su rechazo a aquello que ridiculiza.

La real academia española nos proporciona dos definiciones sobre el término:

1. Composición en verso o prosa cuyo objeto es censurar o ridiculizar a alguien o algo.

2. Discurso o dicho agudo, picante y mordaz, dirigido a censurar o ridiculizar.<sup>6</sup>

Pero la definición más importante y que nos interesa, quizás sea precisamente la que nos proporcionó la Corte Norteamericana en el caso *Hustler v. Falwell* (1988) que referimos. Veámoslo:

En el precedente, se tramitaba una demanda por daños presentada por Jerry Falwell, conocido ministro de culto conservador que fuera comentarista militante de temas políticos a partir de considerar “graves los efectos emocionales causados intencionalmente”, contra Larry Flynt, editor de *Hustler*, revista de contenido sexual explícito. *Hustler* publicó una serie de anuncios publicitarios del licor *Camparien* los que personajes célebres hablaban de la “primera vez” que lo habían probado. En una supuesta entrevista a Falwell, titulada “Jerry Falwell habla de su primera vez”, éste comentaba que su “primera vez” tuvo lugar, estando embriagado, durante un encuentro incestuoso con su madre en una letrina y que sermoneaba a sus seguidores en dicho estado de embriaguez.

En una sentencia unánime, la Corte Suprema señaló que, de acuerdo con la Primera Enmienda constitucional, no era aceptable el argumento de Falwell según el cual debía responsabilizarse al editor por una sátira “ultrajante” a una figura pública, y destacó que en la historia de los Estados Unidos la descripción gráfica y la caricatura satírica habían tenido un papel predominante en el debate público y político. Así, enfatizó la necesidad de dar a la prensa suficiente “espacio” para ejercer la libertad de expresión, añadiendo que “si la causa de la ofensa es la opinión de quien la expresa, ésta es razón suficiente como para otorgarle protección constitucional, ya que es una exigencia que deriva de la Primera Enmienda que el gobierno permanezca neutral en el

---

<sup>6</sup> [www.rae.es](http://www.rae.es)



mundo de las ideas”. Podemos concluir entonces que el Tribunal Supremo norteamericano consideró que **la libertad de expresión protege el derecho a parodiar figuras públicas**, incluso cuando esas parodias son ultrajantes y causan graves efectos emocionales en quienes son objeto de las mismas<sup>7</sup>.

Claro está, con las perspectivas abordadas, que si hablamos de “sátira” como una ridiculización, como un mosaico armado por recortes e imágenes grotescas, forzadas y frases rebuscadas, no podemos hablar de “real malicia” que se encuentra reservado para informaciones falsas sujetas a comprobaciones sobre el grado de su veracidad, que son ajenas al caso que nos ocupa,<sup>8</sup> porque no discutimos si ella se ajusta o no a la verdad o realidad. Simplemente prescinde de dicho estándar.

Coincidimos con Julio César Rivera (h)<sup>9</sup> quien sostiene (al analizar la aplicación de la doctrina de la real malicia por la Corte y los tribunales argentinos) que la importación del derecho extranjero debe hacerse de forma tal que resulte compatible con el texto constitucional argentino, que es fundamental no perder de vista el marco histórico-político en el que se adoptó un estándar determinado en el país de origen y que debe tenerse presente el contexto constitucional del país en que se aplica.

La doctrina constitucional desarrollada por el Supremo Tribunal argentino (especialmente entre el precedente publicado en Fallos: 310:508 “Costa” y “Patitó”) asegura a quien difunde información de relevancia pública que, en la medida en que la información puede afectar el honor o la estima de una persona pública, ella sólo puede dar lugar a responsabilidad jurídica si el agraviado en su honor prueba la falsedad de la información propalada y el hecho de que fue difundida a sabiendas de su falsedad o con temerario desinterés acerca de su probable carácter falaz. En la sentencia que se comenta no se interpretó acertadamente, y por ende se aplicó en forma inadecuada, la

---

<sup>7</sup><http://alrevesyalderecho.blogspotlibre.es>. publicación del 12/02/2014. Ana Valero Heredia es Profesora de Derecho Constitucional del Departamento de Ciencia Jurídica y Derecho Público de la Universidad de Castilla-La Mancha. Se doctoró en Derecho Constitucional por la Universidad de Valencia en julio de 2007, con la Tesis Doctoral: “La libertad de conciencia del menor de edad desde una perspectiva constitucional”.

<sup>8</sup> Sobre el fallo contra la revista “Barcelona”. Proteger la idea que no nos gusta. Gargarella, Roberto. Publicado en: LA LEY 02/06/2016. Cita Online: AR/DOC/1524/2016.

<sup>9</sup> “El uso del derecho comparado en la interpretación constitucional”, en AA.VV, (Rivera, Elías, Grosman y Legarre, Directores) “Tratado de los derechos constitucionales”, T. I, A. Perrot, Bs. As., 2014, p. 220, citado por Emilio A. Ibarlucea, en “La doctrina de la real malicia y el derecho de rectificación y respuesta en un fallo de la Corte Suprema”, LA LEY 12/11/2014, 9 LA LEY 2014-F, 219.



doctrina constitucional en materia de libertad de expresión, reconociendo un derecho a reparación civil en condiciones en las que esa doctrina lo impide toda vez que, al tratarse de una sátira, tal como fue definida, no se podía analizar la falsedad o el elemento subjetivo que configura la malicia.

El alcance del derecho a la libertad de expresión de quien brinda información públicamente relevante que afecta a personas públicas o a hechos de interés público es tan amplio que sólo deja lugar para la atribución de responsabilidad civil en un grupo más bien excepcional de casos: para que proceda la doctrina de la real malicia, es claro que debe acreditarse que la información propalada es probadamente falsa y quien la emite lo hace a sabiendas de su falsedad o exhibiendo un desinterés temerario en relación con su probable carácter falso. Para todos los otros casos en los que la circulación de información inexacta, parcial, o simplemente falsa pueda causar daños al honor de personalidades públicas, la doctrina constitucional establece en cabeza del lesionado un deber de soportar la lesión con el fin de asegurar una de las condiciones fundamentales del gobierno republicano: la circulación libre de información sobre la cosa pública<sup>10</sup>. La particularidad de la doctrina de la real malicia radica en que si existe un perjuicio debe resolverse no meramente con las reglas tradicionales del derecho de daños, que de manera prototípica implican una relación privada entre dos partes, sino que se impone un deber de soportar el daño para proteger algo que en realidad está fuera del conflicto entre esas dos partes: ese algo es la libertad de expresión no ya del demandado, sino de los futuros informantes; una condena siguiendo los parámetros tradicionales del derecho civil de daños redundaría en una restricción pro futuro de la información y la crítica disponibles, a través de la imposición de auto-censura, y ello sería dañoso para la función fundamental que desempeña la comunicación de informaciones. En síntesis: el daño actual al honor debe ser soportado para salvaguardar el derecho futuro de otros a la libertad de expresión<sup>11</sup>.

### **Fontevicchia y D'amico:**

Este caso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dictado en Septiembre de 2001 tampoco pudo haberse desconocido en la sentencia *sub examine*. En aquel, el

---

<sup>10</sup> Dictamen del Procurador General en Fallos: 331:1530.

<sup>11</sup> Dictamen del Procurador General en Fallos: 331:1530, ps. 1547 ss., "Patitó".



máximo tribunal nacional había confirmado la sentencia de cámara en la que se condenó a dos periodistas y al Editorial Perfil SA al pago de la suma de \$60.000 pesos (en ese momento dólares americanos) en favor del señor Menem, ex presidente de la república argentina, con motivo de dos publicaciones en la revista Noticias. La Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que la decisión de la Corte de la Nación Argentina no resulto necesaria en una sociedad democrática y por ello incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Los hechos del caso tienen lugar a raíz de dos publicaciones en la Revista Noticias, de fechas 5 y 12 de Noviembre de 1995, en las que se daban a conocer situaciones de la vida del Sr. Menem, en ese entonces, Presidente de la República Argentina. Las publicaciones daban cuenta, entre otras cosas, de la existencia de un presunto hijo natural que el Sr. Menem tuvo con la entonces diputada Martha Meza, no reconocido por éste y producto de una relación entre ambos. A raíz de estas publicaciones, el Sr. Menem interpone una demanda civil en contra de Editorial Perfil Sociedad Anónima, y de los periodistas Fontevecchia y D'amico. En primera instancia la demanda es rechazada, pero en segunda instancia, en marzo de 1998, una sala de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Capital Federal, revirtió el fallo, hizo lugar a la demanda considerando que se había violado la vida privada del ex presidente, y condenó a los perdedores al pago de la suma de \$150.000 pesos (equivalentes a dólares americanos) más intereses en favor del Sr Carlos Saúl Menem, y ordenó la publicación de la sentencia y el pago de las costas de ambas instancias. El 25 de Septiembre de 2001 la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirma el fallo recurrido por la parte demandada, pero cambiando el monto, que descendía a la suma de \$60.000 pesos (en ese momento dólares americanos). A fines de 2010 llega por medio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la causa "Fontevecchia y D'amico vs Argentina" a manos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Comisión en su informe, consideró que los jueces que en ambas instancias fallaron contra el Editorial Perfil, no habían observado el art 13 de la Convención Americana. En consecuencia, solicitó a la Corte que concluya y declare la responsabilidad internacional del Estado por la violación del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión de los señores Fontevecchia y D'Amico, consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento. La Corte Interamericana hizo una distinción en



cuanto al umbral de protección de determinadas expresiones y del derecho a la vida privada de los funcionarios públicos, quienes están expuestos voluntariamente “al escrutinio de la sociedad”. En este caso se trataba del funcionario con más alto rango del país y por ello resultaba mayormente expuesto. El tribunal dijo en este sentido, que al tratarse de funcionarios de semejante importancia, las opiniones o informaciones sobre éstos forman parte del interés público de la sociedad, y ésta tiene un legítimo interés social en conocer sobre estos asuntos. Afirmó que estos asuntos afectan o acarrear consecuencias importantes sobre los funcionarios. La Corte sostuvo que al tratarse la información sobre la existencia de un hijo no reconocido por el Sr. Menem, así como la relación de éste último con el niño, y con la madre del niño, eran “la causa principal y un elemento central e inseparable de los hechos publicados por la revista *Noticias*”, que informaban sobre: a) la disposición de cuantiosas sumas de dinero hacia esas personas por parte de Carlos Menem; b) la entrega a dichas personas de regalos costosos; c) la presunta existencia de gestiones y favores tanto económicos como políticos al entonces esposo de la Sra. Meza. Consideró que esa información, aun sin saber si se hizo uso o no de fondos públicos, estaba relacionada directamente con la integridad de los funcionarios públicos, y por eso revestían carácter de información de interés público y existía un legítimo interés social en conocerlas. También se tuvo en cuenta que las publicaciones de la revista *Noticias*, repercutieron en medios nacionales como internacionales, que el Sr. Menem pudo haber resguardado de alguna manera su vida privada, y que igualmente realizó comportamientos favorables a dar a conocer esa información, con fecha anterior a sus demandas, donde cuestionaba esas publicaciones. El Tribunal sostuvo que el juzgador “debe tomar en consideración el contexto en el que se realizan las expresiones en asuntos de interés público y ponderar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás con el valor que tiene en una sociedad democrática el debate abierto sobre temas de interés o preocupación pública”.

Luego de hacer una ponderación sobre el valor de la fotografía como expresión informativa, y determinar que la misma sirve para respaldar la prensa escrita, la Corte destacó la importancia de que los órganos judiciales argentinos aseguren que los procedimientos internos en los cuales se debate el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, cumplan con el propósito y fin, como así también con la convención americana, de modo que **en casos como el presente se tenga en cuenta el umbral**





**diferenciado de protección del derecho a la vida privada consecuencia de la condición de funcionario público, la existencia del interés público de esa información y la eventualidad que las indemnizaciones civiles no impliquen una inhibición o autocensura de quienes ejercen el derecho a la libre expresión y la ciudadanía, lo cual restringiría ilegítimamente el debate público y limitaría el pluralismo informativo, esencial en toda sociedad democrática.**

La Corte concluyó que el Estado Argentino violó el derecho a la libertad de expresión contenido en el artículo 13 de la CADH en relación con el artículo 1.1 del mencionado instrumento, en perjuicio de los señores Jorge Fontevicchia y Héctor D'amico. Considero asimismo que el Estado no cumplió la obligación general de adoptar disposiciones de derecho interno, reconocida en el artículo 2 de la Convención Americana, y en este sentido dijo que la redacción del artículo 1071 del Código Civil resultaba “vaga e imprecisa” y que era menester su modificación y consiguiente adaptación a los estándares internacionales. En último lugar, la Corte dijo que su sentencia constituye *per se* una forma de reparación, y adicionalmente condeno a que el estado argentino deje sin efecto la sentencia y su condena civil impuesta a los señores Fontevicchia y D'amico, publique y difunda la sentencia internacional en el boletín oficial como así también en diarios de amplia circulación, y pague sumas de dinero en concepto de costas y gastos.

Con respecto a los estándares internacionales en la materia que menciona esta sentencia, la Corte hace alusión a sentencias anteriores, y dice que “el Estado no solo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo” (caso Kimel vs. Argentina, sentencia del 2/05/08).

En cuanto a funcionarios públicos, la Corte recuerda su pronunciamiento en el fallo Herrera Ulloa vs. Costa Rica en el que sostuvo que “en una sociedad democrática están más expuestos al escrutinio y a la crítica del público” en tanto “sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público” a raíz del “interés público de las actividades que realiza”.



También dijo que el ejercicio del periodismo es una actividad contemplada en la Convención Americana, en consonancia con lo manifestado en la Opinión Consultiva N° 5/85 sobre la Colegiación Obligatoria de Periodistas.

Lo destacable de este fallo, es que la Corte manifiesta que entre el derecho a la vida privada contemplado en el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y el derecho a la libertad de expresión, estipulado en el artículo 13 de la citada Convención, debe existir un equilibrio, ya que ninguno es un derecho absoluto, y que es misión de esa Corte encontrar ese equilibrio y delinear las pautas y estándares para el ejercicio de ambos.

**El punto más importante quizás de esta sentencia es el argumento de marcar a la libertad de expresión reivindicando su carácter de “libertad preferida” en toda sociedad democrática.<sup>12</sup>**

### **Omisión de efectuar el Control de Convencionalidad**

Como sabemos el control de convencionalidad interamericano aparece por primera vez en un voto del jurista mexicano Sergio García Ramírez, integrante de la Corte Interamericana de Derecho Humanos en el sonado caso Myrna Mack vs. Guatemala<sup>13</sup>, de noviembre de 2003, propiciando un control estricto de compatibilidad entre las normas jurídicas locales y la Convención Americana de Derecho Humanos. El control de constitucionalidad con carácter de obligatorio y de oficio quedó plasmado a partir de Almonacid Arellano vs. Chile. La Corte Interamericana en esta oportunidad, sostuvo que el poder judicial debe tener en cuenta no sólo el tratado, sino también la interpretación que de él ha hecho la Corte, quien es su última intérprete. Pero se destaca la tarea de control como un deber irrenunciable de los jueces locales que se transforman en “jueces naturales”<sup>14</sup> de la convención, habiéndose extendida esa tarea con posterioridad a todos los funcionarios que integran los organismo públicos nacionales a

---

<sup>12</sup>El fallo “Barcelona”: ¿otro “Charlie Hebdo”? , por Elisabeth Berra y Marcelo Alberto López Alfonsín. Diario Constitucional y Derechos Humanos Nro. 112, 16/05/2016.

<sup>13</sup> FALLO CORTE IDH “Maritza Urrutia Vs. Guatemala”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003.

<sup>14</sup>“Diálogo interjurisdiccional de control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la CIDH en Chile”. Humberto Nogueira Alcalá. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año XIX; Bogotá, 2013, Página 521.



partir de la causa *Gelman vs. Uruguay*, (febrero de 2011), subrayándose que los jueces y funcionarios nacionales tienen el deber jurídico de aplicar la jurisprudencia de la CIDH y en consecuencia esa suerte orden público interamericano, inaplicando o expulsando del ordenamiento local aquellas normas o actos que resulten “inconvenionales”, bajo pena de colocar en situación de reproche y condena al estado al cual sirven.

También la Corte Suprema de Justicia de la Nación en algunos de sus fallos relevantes (por ejemplo *Mazzeo*) ha dado un salto hacia la consolidación de la aceptación y seguimiento de aquellas decisiones supranacionales, receptando (hasta en idénticos términos incluso) la postura de la CIDH plasmada en *Almonacid Arellano*.

En esta línea argumental, la Jueza Federal de primera instancia, debió abocarse de lleno al control de convencionalidad de los derechos y normas en pugna: libertad de expresión contra derecho al honor según los estándares desarrollados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en diversos y proficuos precedentes. Subrayamos que este control es obligatorio para los jueces de los Estados firmantes de la Convención Americana, como ya expusimos.

### **Orfandad probatoria y sentencia arbitraria**

La ausencia de elementos y pruebas que tuvo presente al momento de dictar sentencia convierte a la misma en arbitraria, dogmática e infundada. Para arribar a esa conclusión basta con remitirnos a lo tratado por la Jueza Nóvile en el punto 10 de la sentencia, que sería a nuestro juicio la prueba más fuerte para lograr el convencimiento íntimo de la intérprete del derecho: la pericia psicológica.

“La presencia de adecuados y suficientes mecanismos defensivos frente al impacto de sucesos conectivos. Sus principales mecanismos defensivos son: intelectualización, proyección, formación reactiva, represión y racionalización. Las técnicas de evaluación psicológicas implementadas **no arrojan indicadores compatibles con vivencia de daño que sea posible vincular causalmente con el hecho de marras (...)** En virtud del análisis e interpretación del material, es posible establecer que la Sra. Pando presenta una estructura de personalidad neurótica, con rasgos obsesivos, adaptada a la realidad. **No se constatan consecuencias psicológicas disvaliosas producto de los hechos que promueven los presentes actuados, por no**



**presentar secuelas incapacitantes de orden psíquico compatibles con la figura del daño psíquico.”**

Ese solo fragmento, nos exige de mayores análisis al respecto y nos demuestra la arbitrariedad y gravedad de la sentencia.

Tradicionalmente, el daño moral radicó en hipótesis de sentida gravedad: era visualizable frente a muertes o menoscabos físicos; costó demasiado tiempo y esfuerzos admitirlo en atentados contra la integridad espiritual y social de las personas (el honor, la intimidad, la identidad personal)<sup>15</sup>. Ahora bien, tratándose de un pedido de resarcimiento en sede civil deben acreditarse los extremos para que sea procedente la reparación: antijuridicidad, daño y la relación de causalidad entre ambos. El nexo de causalidad entre el daño que supuestamente sufrió la actora y acción antijurídica no se probó en el juicio, ni se argumentó en la sentencia.

A posteriori del lapidario informe técnico referido al daño psicológico (que se pretende probar) efectuado por perito sicóloga, se incorporan las narraciones de testigos que presentan “cercanía” con la accionante, de hecho consta en la propia sentencia que algunos de los testimonios a su favor fueron impugnados por la demandada.

Destaca Gargarella que “dos, tres o cinco testimonios de amigos de la afectada no prueban nada, que no pueda ser desmentido con una cantidad de testimonios iguales de personas más o menos cercanas a ella. Además y los que es más importante, habrá que decir que no es éste el modo en que las cuestiones relativas al ‘daño moral’ deben tratarse”<sup>16</sup> y coincidimos plenamente con la opinión del profesor.

El nexo de causalidad entre el daño que supuestamente sufrió la actora y acción antijurídica no se probó en el juicio, ni se argumentó en la sentencia.

**La inapelabilidad de la sentencia la convierte en violatoria de la tutela judicial efectiva**

Según lo normado por el artículo 242 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, texto según ley 26.536 (promulgada tácitamente el día 25 de noviembre de

<sup>15</sup>Los daños morales mínimos. Zavala de González, Matilde. LA LEY 01/09/2004.

<sup>16</sup>Sobre el fallo contra la revista "Barcelona". Proteger la idea que no nos gusta. Gargarella, Roberto. Publicado en: LA LEY 02/06/2016. Cita Online: AR/DOC/1524/2016



2009), se establece que “serán inapelables las sentencias definitivas y las demás resoluciones cualquiera fuera su naturaleza, que se dicten en procesos en los que el monto cuestionado sea inferior a la suma de pesos veinte mil (\$ 20.000). Que con arreglo a esa norma de la ley del rito, corresponde al Tribunal adecuar anualmente ese valor, si correspondiere (cfr. segundo y tercer párrafo)”. Frente a ello, la Corte Suprema por Acordada 16/2014 resolvió adecuar el monto fijado en el segundo párrafo del artículo 242 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en el importe de PESOS CINCUENTA MIL (\$ 50.000). Al condenar a la parte demandada en la suma de pesos cuarenta mil (\$40.000), encuadra la situación fáctica en el supuesto normativo citado precedentemente, lo que agrega mayor gravedad aún al caso en análisis. La tutela judicial efectiva debe proveer el acceso a la jurisdicción. Es deber de los jueces el posibilitar el acceso de las partes al juicio, abriendo las compuertas de la jurisdicción para la defensa de las libertades fundamentales a todos los habitantes, sin restricciones irrazonables. Se trata de la obligación de interpretar con amplitud las leyes procesales en cuanto a la legitimación, pues el rechazo de la acción en virtud de una interpretación restrictiva o ritualista importa una vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva. En tal cometido es un principio básico de interpretación constitucional que la libertad es la regla y la limitación es, en cambio, la excepción, la que debe interpretarse restrictivamente. Resulta indiscutible que en caso de duda habrá que optar en virtud de del principio "pro persona", a favor de las libertades y de la efectividad de los derechos<sup>17</sup>. El derecho a la doble instancia importa también la tutela judicial efectiva. La posibilidad de revisión de las resoluciones judiciales, en cuanto a los hechos y el derecho aplicable, por parte de otro juez o tribunal superior al que las dictó.

El artículo 8.2.h) de la Convención Americana de Derechos Humanos como el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que integran el bloque de constitucionalidad federal, establecen esta garantía en el proceso penal, reconociendo el derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior. También implica el derecho a obtener una sentencia sobre el fondo de la cuestión, motivada y fundada, es decir razonable, congruente y justa, esta es una exigencia que deriva de la

---

<sup>17</sup>La Tutela Judicial Efectiva como garantía de los derechos de los consumidores: la mirada constitucional. Iride Isabel María Grillo. <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos>.



legitimación democrática del poder judicial y de la interdicción de la indefensión y la irracionalidad.<sup>18</sup>

A mayor abundamiento, sin perjuicio que la inapelabilidad por el monto no hace al *thema decidendum*, ni al enfoque de este trabajo, un eventual planteo sobre la inconstitucionalidad de la norma arriba transcripta podría tener acogida favorable si se encuentra en juego el derecho a la tutela judicial efectiva y la doble instancia. El caso que nos ocupa impide la revisión de un fallo en el que, como expusimos a lo largo del presente trabajo, es dogmático, arbitrario y erróneamente fundado.

### **Bibliografía**

- Badeni, Gregorio (1994), Tratado de Libertad de Prensa, LexisNexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina.
- Basterra, Marcela I. (2012), Derecho a la Información Vs. Derecho a la Intimidad, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Argentina.
- Nogueira Alcalá, H. (2000) “El derecho a la información en el ámbito del derecho constitucional comparado en Iberoamérica y Estados Unidos”; en AAVV. Número 37, Derecho a la información y Derechos Humanos. 2000.
- Sentencia Corte IDH. 11/2001.Fontevecchia y D`Amico. Demandado: Argentina Autoridad Responsable: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Sentencia CSJN. 09/2001. Actor: Menem, Carlos. Demandado: Editorial Perfil S.A. Autoridad Responsable: Corte Suprema de Justicia de la Nación.
- Sentencia CSJN. 12/1984. Actor: Ponzetti de Balbín. Demandado: Editorial Atlántida S.A Autoridad Responsable: Corte Suprema de Justicia de la Nación.
- Sobre el fallo contra la revista "Barcelona". Proteger la idea que no nos gusta. Gargarella, Roberto. Publicado en: LA LEY 02/06/2016. Cita Online: AR/DOC/1524/2016.

---

<sup>18</sup>El derecho a la tutela judicial efectiva. Iride Isabel María Grillo. 2004. [www.saij.jus.gov.ar](http://www.saij.jus.gov.ar)





•El fallo “Barcelona”: ¿otro “Charlie Hebdo”? por Elisabeth Berra y Marcelo Alberto López Alfonsín. Diario Constitucional y Derechos Humanos Nro. 112, 16/05/2016.

•<http://alrevesyalderecho.blogspot.com>. Publicación del 12/02/2014. Ana Valero Heredia es Profesora de Derecho Constitucional del Departamento de Ciencia Jurídica y Derecho Público de la Universidad de Castilla-La Mancha.

•“El uso del derecho comparado en la interpretación constitucional”, en AA.VV, (Rivera, Elías, Grosman y Legarre, Directores) “Tratado de los derechos constitucionales”, T. I, A. Perrot, Bs. As., 2014, p. 220, citado por Emilio A. Ibarlucía, en “La doctrina de la real malicia y el derecho de rectificación y respuesta en un fallo de la Corte Suprema”, LA LEY 12/11/2014, LA LEY 2014-F, 219.

•[www.rae.es](http://www.rae.es).

• Libertad de prensa vs. Derecho a la intimidad y al honor. Frene, Lisandro. LA LEY 29/07/2016. AR/DOC/2216/2016.

•La Tutela Judicial Efectiva como garantía de los derechos de los consumidores: la mirada constitucional. Iride Isabel María Grillo. <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos>.

•Zavala de González, Matilde, Los daños morales mínimos, LA LEY 01/09/2004.

•Gregorio Badeni. Doctrina de la real malicia. LA LEY, 1181-B 1997