



# Despenalización de la expresión: la experiencia argentina

---

*Junio de 2012*

---

**Facultad de Derecho**

Centro de Estudios en Libertad  
de Expresión y Acceso a la Información

**UP**  
**Universidad  
de Palermo**

# Despenalización de la expresión: la experiencia argentina

Agustina Del Campo y Eduardo Bertoni\*

## I. Introducción

Argentina ha sido llevada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “CIDH”) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte” o “la Corte Interamericana”) en repetidas oportunidades, en temas diversos. Sin embargo lo particularmente destacable del caso argentino es el impacto que los procesos y las decisiones de estos órganos han tenido en la regulación de los derechos fundamentales y la interpretación que a nivel interno gozan los mismos. Dicho impacto responde en gran medida, y como se desarrolla en el presente artículo, al esfuerzo concertado de organizaciones no gubernamentales (ONGs) y a la predisposición y permeabilidad del Estado argentino respecto del orden internacional.

El proceso de despenalización en Argentina lleva más de dos décadas y fue impulsado en gran medida a través del uso estratégico del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (en adelante “el Sistema”). Dicho proceso comenzó con la negociación, en el marco de una solución amistosa ante la Comisión Interamericana, del delito de desacato, entendido como la penalización de la expresión en contra de funcionarios públicos en el desarrollo de su actividad pública.<sup>1</sup> Y contó, entre sus hitos, con el acuerdo de solución amistosa y el informe de la CIDH en el caso *Verbitsky*, que derivó en la derogación de la ley de desacato en Argentina, y las sentencias de la Corte Interamericana en los casos *Kimel vs. Argentina*, que concluyó con la modificación de las leyes penales que criminalizan las calumnias e injurias, y *Fontevecchia vs. Argentina*, que por primera vez plantea el problema de la proporcionalidad en las sanciones civiles a periodistas por la publicación de información relativa a la vida privada de funcionarios públicos.

El presente documento analiza en sus próximos párrafos a) el proceso de derogación de la ley de desacato a través de la solución amistosa desarrollada en el marco de la Comisión Interamericana; b) los casos *Verbitsky*, *Acher* y *Sanz*, presentados ante la Comisión previo a la llegada del caso *Kimel* a la Corte Interamericana de Derechos Humanos; c) la decisión de la Corte en el caso *Kimel* y sus repercusiones a nivel interno; y c) la reciente decisión de la Corte en el caso *Fontevecchia*. Finalmente, el presente documento concluye que el litigio y activismo ante el Sistema Interamericano han sido efectivos y especialmente relevantes en el proceso de despenalización de la expresión en Argentina y destaca algunas prácticas susceptibles de ser replicadas en otros procesos de despenalización en el continente.

---

\* El presente documento fue elaborado en el marco del acuerdo entre el Centro de Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) y el Pan-American Development Foundation (PADF), por Agustina Del Campo, Investigadora y Coordinadora en Argentina del Proyecto “Defending Freedom of Expression,” y Eduardo Bertoni, Director del CELE.

<sup>1</sup> CIDH, Informe Anual de 1994, OEA/Ser.L/V/II.88. del 17 de febrero de 1995, Capítulo V, *Informe sobre la Compatibilidad de las Leyes de Desacato con la Convención Americana Sobre Derechos Humanos*.

## II. Argentina ante el Sistema Interamericano

### a) El caso *Verbitsky* (1992)

El caso *Verbitsky* marcó un antes y un después en materia de libertad de expresión en el hemisferio. La petición fue presentada por el periodista y abogado Horacio Verbitsky contra la República Argentina en 1992. Conforme los hechos relatados por el peticionario y no controvertidos por el Estado argentino, el Sr. Verbitsky fue sentenciado a un mes de prisión en suspenso y una indemnización pecuniaria por haber llamado “asqueroso” a un juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El Sr. Verbitsky publicó un artículo en el diario *Página 12* donde llamó al Dr. Belluscio, Ministro de la Corte Suprema Argentina, “asqueroso.” A raíz de ese artículo, el Ministro Belluscio inició una querrela criminal por calumnias e injurias (acción privada) que recayó en el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional Federal Nº 4 de la Capital Federal. A partir de esta querrela, “[l]a jueza federal interviniente en la causa consideró que la expresión utilizada por el periodista Verbitsky excedía los límites del honor del funcionario y constituía un agravio al Ministro con motivo del ejercicio de su función. En función de ello, invocando el principio ‘iuria novit curia’ la jueza decidió convertir la primigenia acción privada en la acción pública de desacato.”<sup>2</sup>

El delito de desacato estaba contemplado en el Título XI, “Delitos contra la administración pública,” artículo 244 del Código Penal de la República Argentina y leía:

“Será reprimido con prisión de quince días a seis meses, el que provocare a duelo, **amenazare, injuriare o de cualquier modo ofendiere** en su dignidad o decoro **a un funcionario público, a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de practicarlas**. La prisión será de un mes a un año, si el ofendido fuere el presidente de la Nación, un miembro del Congreso, un gobernador de provincia, un ministro nacional o provincial, un miembro de las legislaturas provinciales o un juez.”<sup>3</sup>

La jueza condenó al Sr. Verbitsky por desacato, atribuyéndole la intención de difamar al Ministro. El Sr. Verbitsky apeló la decisión ante la Cámara de Apelaciones pertinente, que confirmó la sentencia. Luego, interpuso un recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia, pero esta lo rechazó, declarándolo improcedente. El peticionario acudió entonces a la Comisión Interamericana, con una petición que recibió amplio apoyo de organizaciones tanto locales como internacionales.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> CIDH, *Horacio Verbitsky (Argentina)*, caso 11.012, Informe No. 22/94, Solución Amistosa, 20 de septiembre de 1994.

<sup>3</sup> Código Penal de la República Argentina, Ley 11.179, <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>. (resaltado del autor)

<sup>4</sup> CIDH, *Horacio Verbitsky (Argentina)*, caso 11.012, Informe No. 22/94, Solución Amistosa, 20 de septiembre de 1994, Parr. 6; “En nota del 10 de julio de 1992, el peticionario envió a la Comisión informes presentados por organizaciones y juristas argentinos que a continuación se indican, en los que se explica por qué el desacato es un delito violatorio de la Convención. Los informes fueron presentados por el Dr. Jorge Reinaldo Vanossi, Dr. Germán Bidart Campos, Dr. Eugenio Zaffaroni, el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Asociación de Entidades Periodísticas Argentinas (ADEPA), Federación Argentina de Trabajadores de Prensa (FATPREN), y la “International Federation of Journalists”.”

En una de las primeras presentaciones, los peticionarios propusieron al Estado el inicio de una solución amistosa, conforme el artículo 48 de la Convención Americana, que el Estado aceptó.<sup>5</sup> Durante el proceso de solución amistosa, el Estado informó que en 1992 el poder ejecutivo había enviado un proyecto al Congreso Nacional para derogar la figura del desacato.<sup>6</sup> A pesar de ello, el Estado también argumentó que incluso si no se derogase la ley de desacato, no habría en el caso particular una violación a la Convención atento a que la legislación en la materia era anterior a la entrada en vigencia para Argentina del instrumento internacional que se alegaba violado.

En septiembre de 1992 las partes acuerdan los lineamientos de la solución amistosa que consta de cuatro puntos fundamentales, a saber: a) el compromiso estatal de derogar el desacato; b) la aplicación de la nueva legislación al *caso Verbitsky*, la consecuente absolución del periodista y la eliminación del antecedente penal; c) la justa reparación de daños y perjuicios, incluyendo una renuncia a indemnización por daño moral y honorarios por el trámite ante la Comisión; d) solicitar a la CIDH que como parte del informe de la solución amistosa contemplado en el artículo 49 de la Convención<sup>7</sup>, este organismo se pronuncie sobre la compatibilidad de las leyes de desacato con la Convención Americana.<sup>8</sup>

Al argumento esgrimido por el Estado argentino en las primeras presentaciones, la Comisión respondió estableciendo hacia el final del informe de artículo 49 “que en el caso que una ley resulta incompatible con la Convención, el Estado parte está obligado, de conformidad con el artículo 2, de adoptar las medidas legislativas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades garantizados por la Convención,”<sup>9</sup> independientemente de cuando dicha norma haya sido dictada.

La ley 24.198, que derogó el artículo 244 del Código Penal Argentino sobre desacato, fue sancionada el 12 de mayo de 1993 y promulgada el 31 de mayo del mismo año. El informe de la Comisión Interamericana sobre la compatibilidad de las leyes de desacato con la Convención Americana sobre Derechos Humanos fue publicado en el Informe Anual de 1994 de dicho organismo, publicado el 17 de febrero de 1995.<sup>10</sup>

En su Informe Anual de 1994 la Comisión estableció que las leyes de desacato importan conferir a los funcionarios públicos una protección adicional respecto de expresiones o ideas que es incompatible con los principios fundamentales de una sociedad democrática. El Informe a este respecto sostiene:

“La aplicación de leyes de desacato para proteger el honor de los funcionarios públicos que actúan en carácter oficial les otorga injustificadamente un derecho a la protección del que no disponen los demás integrantes de la sociedad. Esta distinción invierte directamente el principio fundamental de

<sup>5</sup> CIDH, Documentos Básicos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/I.4, rev.13, 30 de junio (2010), Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 48, disponible en [http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos\\_basicos.asp](http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp). El instituto de la solución amistosa está contemplado en el artículo 48.f de la Convención Americana que establece que la Comisión se pondrá a disposición de las partes para iniciar y mediar una solución amistosa del conflicto. Este procedimiento puede ser renunciado por cualquiera de las partes en cualquier momento del proceso y puede ser retomado por las mismas de la misma manera. Lejos de ser relegada a conflictos puramente entre partes, las soluciones amistosas requieren homologación de la Comisión Interamericana que publica un informe (art. 49 CADH) detallando el procedimiento, el acuerdo en sí y el mecanismo de seguimiento para su cumplimiento.

<sup>6</sup> CIDH, *Horacio Verbitsky (Argentina)*, caso 11.012, Informe No. 22/94, Solución Amistosa, 20 de septiembre de 1994, Parr. 8.i.

<sup>7</sup> CIDH, Documentos Básicos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/I.4, rev.13, 30 de junio (2010), Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 49, disponible en [http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos\\_basicos.asp](http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp).

<sup>8</sup> CIDH, *Horacio Verbitsky (Argentina)*, caso 11.012, Informe No. 22/94, Solución Amistosa, 20 de septiembre de 1994, Parr. 17.i; ii; iii; y iv.

<sup>9</sup> CIDH, *Horacio Verbitsky (Argentina)*, caso 11.012, Informe No. 22/94, Solución Amistosa, 20 de septiembre de 1994, Parr. 22.

<sup>10</sup> CIDH, Informe Anual de 1994, OEA/Ser.L/V/II.88. del 17 de febrero de 1995, Capítulo V, Informe sobre la Compatibilidad de las Leyes de Desacato con la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

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.”<sup>11</sup> “Las leyes de desacato, cuando se aplican, tienen efecto directo sobre el debate abierto y riguroso sobre la política pública que el artículo 13 garantiza y que es esencial para la existencia de una sociedad democrática. A este respecto, invocar el concepto de “orden público” para justificar las leyes de desacato se opone directamente a la lógica que sustenta la garantía de la libertad de expresión y pensamiento consagrada en la Convención.”<sup>12</sup>

Además, el Informe Anual de 1994 anticipa la postura de la CIDH respecto de la penalización de la expresión en general, no solo del desacato, que será luego la base del litigio y el activismo hacia la despenalización de la expresión y la vigencia de sanciones de carácter civil exclusivamente:

“La Comisión considera que 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 formarse opinión y expresarla.”<sup>13</sup>

#### ***i) El uso de la solución amistosa***

La solución amistosa en el *caso Verbitsky* fue reveladora del poder que esta herramienta le ofrece tanto a la Comisión Interamericana como a las partes. El *caso Verbitsky* es un ejemplo, citado por varios autores, de eficiencia procesal y efectiva labor de prevención y promoción de los derechos humanos por parte de la CIDH.<sup>14</sup> A través de la estrategia utilizada, los peticionarios lograron dos audiencias públicas que dieron transparencia y visibilidad al tema del desacato y la necesidad de modificar la legislación en esta materia. Los peticionarios y el Estado llegaron a un acuerdo en cuestión de meses para derogar la figura del desacato. Además, la finalización del proceso, con la publicación del informe de la Comisión sobre la Compatibilidad de las Leyes de Desacato con la Convención Americana, fue apenas 2 años después de la primera presentación hecha por los peticionarios en el caso, un tiempo record en la tramitación de casos ante la CIDH.

Pero además, los peticionarios en el *caso Verbitsky*, con el apoyo del Estado, lograron sentar un precedente único ante la CIDH, proponiéndole, como parte del acuerdo de solución amistosa, la publicación del informe de Compatibilidad de dichas leyes con la Convención. De esta manera, los resultados del esfuerzo en el *caso Verbitsky* no solo beneficiaron a los peticionarios y a la población argentina en general al derogar el artículo 244, sino al Continente entero, en tanto la CIDH estableció lineamientos respecto del derecho a la libertad de expresión que se hicieron extensibles a todos los Estados miembros en la Organización de Estados Americanos.

---

<sup>11</sup> Id.

<sup>12</sup> CIDH, Informe Anual de 1994, OEA/Ser.L/V/II.88. del 17 de febrero de 1995, *Capítulo V, Informe sobre la Compatibilidad de las Leyes de Desacato con la Convención Americana Sobre Derechos Humanos*.

<sup>13</sup> CIDH, Informe Anual de 1994, OEA/Ser.L/V/II.88. del 17 de febrero de 1995, *Capítulo V, Informe sobre la Compatibilidad de las Leyes de Desacato con la Convención Americana Sobre Derechos Humanos*.

<sup>14</sup> Jorge Nelson Cardozo, *La Solución Amistosa ante la Corte*, El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, IIDH, Primera Edición, San José (1998).

La incompatibilidad de las leyes de desacato con la Convención Americana fue luego recogida en el Principio 11 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión.<sup>15</sup>

## **b) El caso *Verbitsky, Acher y Sanz* (Argentina)**

Una vez derogado el desacato propiamente dicho, la preocupación giró en torno a la penalización de calumnias e injurias y al uso y abuso que de dichas figuras hicieron funcionarios y otras figuras públicas en Argentina. Incluso, a pesar de que los fundamentos con los cuales la CIDH avaló la derogación del desacato resultaran en todo aplicables a la interpretación que el Estado debiera hacer de las calumnias e injurias en torno a funcionarios y otras personas públicas, los tribunales nacionales recibieron, procesaron y condenaron a la prensa por opiniones e informaciones vertidas en torno a estas figuras.

Entre 1994 y 1998 la Asociación Periodistas y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) presentaron algunos casos ante la CIDH e incluso celebraron alguna audiencia ante este organismo para debatir potenciales reformas a las leyes de penalización de las calumnias e injurias y que lograron tener un efecto positivo y de contención de la situación. Sin embargo, el primer esfuerzo estratégico y colectivo para lograr la despenalización de la expresión en Argentina fueron los casos *Verbitsky, Acher y Sanz*, acumulados en una sola petición, a la que temporariamente se le agregaría el caso *Kimel*.

Horacio Verbitsky fue querellado por el Ministro del Interior del gobierno de Carlos Menem, Dr. Corach, a raíz de una denuncia de corrupción que el peticionario publicó en su libro “Robo para la Corona.”<sup>16</sup>

Gabriela Acher, actriz, fue querellada por el Dr. Cancela, Juez del fuero civil y comercial, por un sketch humorístico donde se parodiaba el maltrato a las mujeres en la justicia argentina y se leía en la puerta del juzgado el nombre “Juez Cancela.”<sup>17</sup>

Tomas Sanz, Director de la revista Humor, fue condenado a un año de prisión en suspenso por publicar una nota donde se reproducía información de un periódico uruguayo relativo a una investigación de corrupción sobre el Senador, Dr. Eduardo Menem. La Corte Suprema confirmó el fallo.

La selección de estos casos en particular, conforme lo indican los peticionarios, no fue aleatoria.<sup>18</sup> Los casos cubren un espectro amplio dentro de la utilización de las figuras penales y civiles de calumnias e injurias, iniciadas por figuras representativas de los tres poderes del Estado.<sup>19</sup> El caso *Verbitsky*, iniciado con la querrela del entonces Ministro del Interior, Dr. Carlos Corach, y el caso *Sanz*, iniciado por la querrela del entonces Presidente del Senado de la Nación, Dr. Eduardo Menem, estuvieron marcados por el uso del sistema penal como método persecutorio. En el último caso, de la actriz Gabriela Acher, iniciado por el Juez Cancela, se utilizó la demanda civil y el modelo de indemnización por daños y perjuicios.

La petición fue presentada en la Comisión Interamericana el 25 de enero de 1999 y el mismo año se solicitó al Estado entrar en un proceso de solución amistosa. Siguiendo el esquema del caso *Verbitsky (1994)*, se acompaña-

<sup>15</sup> CIDH, *Declaración de Principios Sobre Libertad de Expresión*, Adoptada por la CIDH en su 108 periodo de ordinario de sesiones celebrado del 2 al 20 de octubre de 2000, Docs. Básicos, OEA/Ser.L/V/II.4, rev. 13, 30 de junio (2010).

<sup>16</sup> CIDH, *Horacio Verbitsky y Otros (Argentina)*, Petición 12.128, Informe N. 3/04, Admisibilidad, 24 de febrero de 2004.

<sup>17</sup> Id.

<sup>18</sup> CIDH, *Horacio Verbitsky y Otros (Argentina)*, caso 12.128, Audiencia del 2 de noviembre de 2009, audio disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/TopicsList.aspx?Lang=es&Topic=21>.

<sup>19</sup> Id.

ron a la petición numerosos escritos en calidad de *amici curiae* de renombrados juristas y organizaciones.<sup>20</sup>

Los peticionarios alegaron violaciones a los artículos 13, 8, 1.1 y 2 de la Convención Americana por la utilización abusiva de las figuras de calumnias e injurias y el efecto disuasorio que ellas tenían en la libre circulación de opiniones e ideas. Específicamente argumentaron que:

“(…) el Estado ha incumplido con sus obligaciones bajo el Artículo 2 de la Convención Americana, al aplicar en este caso particular los artículos 109, 110 y 113 del Código Penal de la Nación, y 1066, 1073, 1089, 1090, 1109 y concordantes del Código Civil que sancionan penal y civilmente las manifestaciones o expresiones críticas relativas a funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, de manera similar a las leyes de desacato ya derogadas en Argentina con base en su incompatibilidad con la Constitución nacional y la Convención Americana.”<sup>21</sup>

Los artículos del Código Penal mencionados establecían:

“Artículo 109.- La calumnia o falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública, será reprimida con prisión de uno a tres años.

Artículo 110.- El que deshonrare o desacreditare a otro, será reprimido con multa de \$ 1.500 a \$ 90.000 o prisión de un mes a un año.

Artículo 111.- El acusado de injurias sólo podrá probar la verdad de la imputación en los casos siguientes:

1º. si la imputación hubiere tenido por objeto defender o garantizar un interés público actual;

2º. si el hecho atribuido a la persona ofendida, hubiere dado lugar a un proceso penal;

3º. si el querellante pidiere la prueba de la imputación dirigida contra él.

En estos casos, si se probare la verdad de las imputaciones, el acusado quedará exento de pena.”<sup>22</sup>

Y en materia civil los artículos 1089 y 1090, que regulan específicamente los delitos de calumnias e injurias, establecen:

“Art. 1.089. Si el delito fuere de calumnia o de injuria de cualquier especie, el ofendido sólo tendrá derecho a exigir una indemnización pecuniaria, si probase que por la calumnia o injuria le resultó algún daño efectivo o cesación de ganancia apreciable en dinero, siempre que el delincuente no probare la verdad de la imputación.

Art. 1.090. Si el delito fuere de acusación calumniosa, el delincuente, además de la indemnización del artículo anterior, pagará al ofendido todo lo que hubiese gastado en su defensa, y todas las ganancias que dejó de tener por motivo de la acusación calumniosa, sin perjuicio de las multas o penas que el derecho criminal estableciere, tanto sobre el delito de este artículo como sobre los demás de este Capítulo.”<sup>23</sup>

A nivel interno, los peticionarios iniciaron una campaña de despenalización y reforma en el poder legislativo y en octubre de 1999, en el marco de la primera audiencia del caso ante la Comisión, solicitaron la apertura de un

<sup>20</sup> Gregorio Badeni, Germán Bidart Campos, Jaime Malamud Goti, Raúl Zaffaroni, Daniel Sabsay, Rafael Bielsa, Eduardo Bertoni y Dora Rocío Laplacette.

<sup>21</sup> CIDH, *Horacio Verbitsky y Otros (Argentina)*, Petición 12.128, Informe N. 3/04, Admisibilidad, 24 de febrero de 2004, Parr. 33.

<sup>22</sup> Código Penal de la República Argentina, Artículos 109, 110 y 111.

<sup>23</sup> Código Civil de la República Argentina, Artículos 1089 y 1090.

proceso de solución amistosa con el gobierno nacional.<sup>24</sup> Dicha solicitud fue bien recibida por el gobierno nacional saliente del Dr. Carlos Menem, quien se comprometió al proceso de reforma de la legislación penal en materia de calumnias e injurias en el mismo mes de octubre de 1999.<sup>25</sup> En diciembre del mismo año, los Senadores Jorge Yoma, del partido Justicialista y José Genoud de la Unión Cívica Radical, presentaron un proyecto de ley elaborado con la colaboración de los peticionarios, la Asociación Periodistas.<sup>26</sup> El proyecto despenalizaba las calumnias e injurias en cuestiones de interés público y establecía la doctrina de la real malicia como estándar aplicable respecto de funcionarios y figuras públicas o en cuestiones de interés público. Además excluía la responsabilidad penal y civil por juicios de valor, por reproducción de información y por expresiones humorísticas. (Expte. 2027-S -99). Sin embargo, dicho proyecto perdió vigencia cuando el periodista Joaquín Morales Sola denunció coimas en el Senado a raíz del tratamiento de una reforma laboral.<sup>27</sup>

En 2001 el Estado renvió a la Comisión un segundo proyecto de ley de despenalización de la expresión tendiente a adecuar la legislación vigente a la Convención Americana, para que eventualmente formara parte del acuerdo de solución amistosa.<sup>28</sup> Dicho proyecto mantenía los lineamientos del proyecto anteriormente propuesto.<sup>29</sup> El nuevo proyecto, propuesto por el propio Poder Ejecutivo, fue acompañado de declaraciones públicas y gestos de valor trascendente a nivel local. Entre estos últimos, por ejemplo, al momento de enviar el proyecto al Congreso, el Presidente en ejercicio, el Dr. Adolfo Rodríguez Saa, desistió de las querellas que tenía iniciadas en su provincia natal de San Luis.<sup>30</sup>

El gobierno de Rodríguez Saa, impulsor del proyecto, sin embargo duró poco más de una semana y con el gobierno cayó también el ímpetu del proyecto. La crisis económica y política que vivió el país en los meses subsiguientes obligó a postergar el tratamiento de la reforma. Sin embargo el tema no quedó totalmente fuera de la agenda política local. El gobierno de transición del Dr. Eduardo Duhalde preparó un proyecto de ley de despenalización pero limitó el beneficio solo a los periodistas, perdiendo así el apoyo de las organizaciones sociales. A partir de allí, se lograron compromisos políticos por parte del Presidente Dr. Néstor Kirchner, cuando asumió en el año 2003, y de la Presidenta Dra. Cristina Fernández de Kirchner, en 2006.<sup>31</sup>

El caso *Verbitsky, Acher y Sanz* planteó las bases para la reforma del Código Penal, que sin embargo no logró concretarse sino hasta después de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Kimel*.<sup>32</sup> A pesar de no haber

<sup>24</sup> CIDH, Informe Anual de 1999, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, OEA/Ser.LV/II.106, Doc. 6 rev., Abril 13, 1999, disponible en <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=135&IID=2..>

<sup>25</sup> CIDH, Informe Anual de 1999, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, OEA/Ser.LV/II.106, Doc. 6 rev., Abril 13, 1999, disponible en <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=135&IID=2.>; Clarín, *MEDIOS: INICIATIVA A FAVOR DE LA LIBERTAD DE PRENSA, Senadores debaten la legislación sobre calumnias e injurias*, 29.12.1999, disponible en <http://edant.clarin.com/diario/1999/12/29/e-05101d.htm>.

<sup>26</sup> El proyecto fue promovido por los dos partidos más importantes en Argentina en ese momento, la Unión Cívica Radical y el partido gobernante, el Partido Justicialista. Los diarios de la época sugieren que este acuerdo en la presentación pretendió demostrar el consenso político logrado en esta materia y el compromiso asumido a través de la solución amistosa. Ver La Nación, *Un proyecto que modifica las condenas por calumnias*, 22 de noviembre de 1999, disponible en <http://www.lanacion.com.ar/162149-un-proyecto-que-modifica-las-condenas-por-calumnias>.

<sup>27</sup> CIDH, *Horacio Verbitsky y Otros (Argentina)*, caso 12.128, Audiencia del 2 de noviembre de 2009, audio disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/TopicsList.aspx?Lang=es&Topic=21>.

<sup>28</sup> CIDH, *Horacio Verbitsky y Otros (Argentina)*, Petición 12.128, Informe N. 3/04, Admisibilidad, 24 de febrero de 2004, Parr. 33.

<sup>29</sup> Expediente 0073-PE-01 publicado el 27 de diciembre de 2001.

<sup>30</sup> Clarín, *INICIATIVA ENVIADA POR EL PRESIDENTE RODRIGUEZ SAA AL CONGRESO, Un proyecto a favor del periodismo*, 29 de diciembre de 2001, disponible en <http://edant.clarin.com/diario/2001/12/29/s-04901.htm>.

<sup>31</sup> CIDH, *Horacio Verbitsky y Otros (Argentina)*, caso 12.128, Audiencia del 2 de noviembre de 2009, audio disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/TopicsList.aspx?Lang=es&Topic=21>.

<sup>32</sup> Corte I.D.H., *Caso Kimel vs. Argentina*, Resolución, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 18 de mayo de 2010, Parr. 31.



logrado una decisión en la Comisión, el litigio del caso ante el organismo internacional mantuvo el debate de la despenalización en la agenda nacional durante casi una década. Incluso es relevante mencionar que cuando se concretaba la modificación legislativa y el proyecto oficial lograba media sanción en el Congreso Nacional, los peticionarios en el caso apoyaron la reforma y presionaron al Estado para ampliar los términos de la despenalización a través de una audiencia solicitada a la Comisión en el año 2009.<sup>33</sup> La audiencia en cuestión no solo reiteró el reclamo respecto de la reforma penal sino que también reinstauró el debate sobre la necesidad de limitar la responsabilidad civil de quienes ejercen el derecho a la libertad de expresión y son susceptibles de sanciones ulteriores.<sup>34</sup> Esta última temática no logró instalarse en la agenda legislativa aún, ni la Comisión Interamericana logró avanzar en ella sino hasta el caso *Fontevecchia*, al cual nos referimos más adelante.

### **c) El caso *Kimel vs. Argentina* (2008)**

El caso *Kimel*<sup>35</sup> fue el resultado de más de diez años de activismo y litigio contra la penalización de la expresión en Argentina. A raíz de la sentencia de la Corte Interamericana en este caso se modificaron las leyes de calumnias e injurias contenidas en los artículos 109 al 113 y 117 del Código Penal, estableciéndose la despenalización de la expresión en materia de interés público.

El periodista Eduardo Kimel publicó un libro sobre la Masacre de los Palotinos<sup>36</sup> donde, entre otras cuestiones, criticó la actuación del poder judicial durante la última dictadura argentina, y especialmente la del Magistrado a cargo del caso. El Magistrado en cuestión inició entonces una querrela penal contra el Sr. Kimel, quien fue condenado en primera instancia a un año de prisión en suspenso y a pagar una indemnización de \$20.000 por el delito de injuria. La condena fue apelada ante la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.

En 1996, CELS y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) presentaron un *amicus curiae* ante la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital, donde además incorporan escritos de *amici curiae* de notables juristas nacionales como el actual Ministro de la Corte Suprema Argentina, Dr. Eugenio Zaffaroni. El escrito argumentaba, entre otras cosas, que la opinión, siendo esta eminentemente subjetiva, no es materia punible, y por ende no puede constituirse en injuria o calumnia como lo definía hasta ese entonces el Código Penal Argentino.<sup>37</sup>

La Cámara absolvió al Sr. Kimel, utilizando argumentos de derecho nacional e internacional y retomando las opiniones propuestas por los *amici curiae* antes mencionados. El querellante apeló entonces a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que revocó la absolución y devolvió el caso a la Cámara para reevaluarlo. Esta última, siguiendo los lineamientos de la Corte Suprema calificó la conducta como calumnia en lugar de injuria, restableciendo la pena.<sup>38</sup>

<sup>33</sup> CIDH, *Horacio Verbitsky y Otros (Argentina)*, caso 12.128, Audiencia del 2 de noviembre de 2009, audio disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/TopicsList.aspx?Lang=es&Topic=21>.

<sup>34</sup> Id.

<sup>35</sup> Corte I.D.H., *Caso Kimel vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C No. 177.

<sup>36</sup> La Masacre de los Palotinos o de San Patricio fue el asesinato de cinco religiosos a manos de la última dictadura militar argentina.

<sup>37</sup> *Memorial en Derecho, en calidad de Amicus Curiae, del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y el Center for Justice and International Law (CEJIL) s/Libertad de Expresión y Calumnias e Injurias a Funcionarios Públicos*, presentado en la causa 27.472 seguida contra el periodista Eduardo G. Kimel por el delito de injurias que tramita ante la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Buenos Aires, marzo de 1996.

<sup>38</sup> CIDH, *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Eduardo Kimel (12450) contra la República Argentina*, 10 de abril de 2007 disponible en <http://www.cidh.org/demandas/12.450%20Eduardo%20Kimel%20Argentina%2010%20abril%202007%20ESP.pdf>.

Las organizaciones antes mencionadas, el CELS y CEJIL, presentaron el caso en la Comisión Interamericana un año después del *caso Verbitsky, Acher y Sanz* mencionado anteriormente, en el año 2000.<sup>39</sup> En una primera instancia, fue anexado al antedicho hasta que durante el proceso de solución amistosa, en el año 2003, se decidió desglosarlos.<sup>40</sup> El peticionario en este caso desistió de la solución amistosa argumentando la falta de progreso en el proceso de despenalización a nivel nacional. Después de un análisis sobre el fondo, la Comisión Interamericana presentó la demanda a la Corte Interamericana en abril de 2007 alegando violaciones a los artículos 1.1, 2, 13 y 8 de la Convención Americana.<sup>41</sup>

En el caso se presentaron *amici curiae* de la Clínica de Derechos Humanos del Máster de Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid, del Comité Mundial para la Libertad de Prensa y de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC).<sup>42</sup>

A pesar de no haber logrado avances en una solución amistosa, ni cuando el caso estuvo unificado con el de *Verbitsky, Acher y Sanz*, ni luego de desglosarlos, el Estado Argentino reconoció su responsabilidad internacional en la contestación de la demanda ante la Corte Interamericana en los siguientes términos:

“[E]l Estado argentino puede compartir con la Ilustre Comisión que, en el caso en especie, la aplicación de una sanción penal al señor Eduardo Gabriel Kimel constituyó una violación de su derecho a la libertad de expresión consagrado por el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Asimismo, y tomando en consideración las dimensiones de análisis generalmente aceptadas a efectos de determinar la razonabilidad del plazo de duración de un proceso -complejidad del asunto, diligencia de las autoridades judiciales y actividad procesal del interesado- el Estado argentino puede compartir con la Ilustre Comisión, que el señor Eduardo Gabriel Kimel no fue juzgado dentro de un plazo razonable, conforme lo prevé el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Finalmente, y habida cuenta que, hasta la fecha, las distintas iniciativas legislativas vinculadas con la normativa penal en materia de libertad de expresión no han sido convertidas en ley, el Estado argentino puede compartir con la Ilustre Comisión que, en el caso en especie, 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 sobre Derechos Humanos.”<sup>43</sup>

El Gobierno, además, inició un proceso de solución amistosa, durante el procedimiento ante la Corte, con los peticionarios y la Comisión.<sup>44</sup> Durante la audiencia, en efecto, los peticionarios, la Comisión y el Estado presentaron un Acta Acuerdo firmada, en la cual Argentina reiteraba su reconocimiento de responsabilidad y los peticionarios desistían del proceso en todo salvo la determinación de reparaciones.<sup>45</sup> Sin embargo, la Corte Interamericana, interpre-

<sup>39</sup> Id.

<sup>40</sup> CIDH, *Horacio Verbitsky y Otros (Argentina)*, Petición 12.128, Informe N. 3/04, Admisibilidad, 24 de febrero de 2004.

<sup>41</sup> CIDH, *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Eduardo Kimel (12450) contra la República Argentina*, 10 de abril de 2007 disponible en <http://www.cidh.org/demandas/12.450%20Eduardo%20Kimel%20Argentina%2010%20abril%202007%20ESP.pdf>.

<sup>42</sup> Corte I.D.H., *Caso Kimel vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C No. 177, Parr. 13.

<sup>43</sup> Id., Parr. 18. El 9 de octubre de 2007, días antes de la audiencia pública ante la Corte, los peticionarios informaron a la Corte que habían entrado en un proceso de solución amistosa y estaban analizando la presentación de un Acta Acuerdo a firmarse antes de la audiencia, el 18 de octubre del mismo año.

<sup>44</sup> Id., Parr. 18.

<sup>45</sup> Id., Parr. 22.

tando los artículos de la Convención relativos a la solución amistosa y el desistimiento, sostuvo que existía un interés superior a nivel regional en emitir una sentencia, que además formaba parte esencial de la reparación del Sr. Kimel.<sup>46</sup>

La sentencia en el *caso Kimel* evaluó la legitimidad, necesidad y proporcionalidad de la medida y concluyó que existió una violación al derecho a la libertad de expresión del Sr. Kimel. Sin embargo, la sentencia despertó fuertes críticas por parte de la sociedad civil a raíz del expreso reconocimiento de la Corte de la viabilidad y legitimidad de la utilización de sanciones penales como responsabilidades ulteriores por abusos a la libertad de expresión. En efecto, la Corte concluyó que si bien el poder punitivo resulta idóneo para la sanción de abusos a la libertad de expresión, dicha medida solo estaría justificada como *última ratio*, para los casos más extremos.<sup>47</sup>

Entre otras cuestiones destacables, la sentencia hizo hincapié en la especial protección de expresiones de interés público:

“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. En una sociedad democrática, la prensa debe informar ampliamente sobre cuestiones de interés público, que afectan bienes sociales, y los funcionarios rendir cuentas de su actuación en el ejercicio de sus tareas públicas.”<sup>48</sup>

Y en diferenciar juicios de valor y afirmaciones fácticas, sosteniendo que solo estas últimas pueden ser pasibles de sanción:

“Las opiniones vertidas por el señor Kimel no pueden considerarse ni verdaderas ni falsas. Como tal, la opinión no puede ser objeto de sanción, más aún cuando se trata de un juicio de valor sobre un acto oficial de un funcionario público en el desempeño de su cargo. En principio, la verdad o falsedad se predica sólo respecto a hechos. De allí que no puede ser sometida a requisitos de veracidad la prueba respecto de juicios de valor.”<sup>49</sup>

Ambos puntos adquirieron luego especial relevancia en la reforma legislativa.

La Corte en el *caso Kimel* ordenó al Estado definir con precisión los delitos de calumnias e injurias, y revocar la condena con todos sus efectos e indemnizar a la víctima en este caso.

La sentencia fue publicada en el Boletín Oficial y en el diario Clarín en el año 2008. La Presidenta Argentina, Dra. Cristina Fernández de Kirchner, anunció el envío al Congreso del proyecto de ley para reformar el Código Penal en lo atinente al régimen de calumnias e injurias durante un acto en la ex ESMA en homenaje a los 30 años de la histórica visita de la CIDH a la Argentina en 2009.<sup>50</sup>

En cumplimiento de la sentencia, la Presidenta de la República, además hizo un reconocimiento público de res-

<sup>46</sup> Id., Parr. 23-28. Los artículos 53 al 55 de la CADH contemplan el sobreseimiento, la solución amistosa y la continuación del caso.

<sup>47</sup> Id. Parr. 76. “La Corte ha señalado que el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita. La tipificación amplia de delitos de calumnia e injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de *última ratio* del derecho penal. En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado.”

<sup>48</sup> Corte I.D.H., *Caso Kimel vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C No. 177, Parr. 88 (citas omitidas).

<sup>49</sup> Corte I.D.H., *Caso Kimel vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C No. 177, Parr. 93 (citas omitidas).

<sup>50</sup> Corte I.D.H., *Caso Kimel vs. Argentina*, Resolución, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 18 de mayo de 2010, Parr. 24.

ponsabilidad del Estado en la sede del CELS el 5 de julio de 2010.<sup>51</sup> En dicho acto destacó que “No puede haber, en una sociedad democrática, cárcel por hablar u opinar aun cuando eso sea una mentira.”<sup>52</sup>

### **i) La Reforma Legislativa**

La ley 26.551, que reforma los artículos 109, 110, 111, 112, 113 y 117 del Código Penal fue sancionada el 18 de noviembre de 2009 y promulgada el 26 de noviembre del mismo año. La reforma incluyó 1) respecto de las calumnias: la exclusión del honor de las personas físicas; la despenalización de las expresiones no asertivas (juicios de valor) y las vinculadas al interés público; la clarificación del tipo penal, estableciendo como requisitos para que se configurase que el delito falsamente imputado debe ser concreto y circunstanciado; y la supresión de penas privativas de la libertad y su remplazo por multas; 2) respecto de injurias: la despenalización de las mismas cuando la información revistiera carácter de interés público y las expresiones no asertivas (juicios de valor); y la supresión de penas privativas de la libertad y su remplazo por multas. Además, la reforma deroga el artículo 112 sobre injurias encubiertas, modifica el artículo 113, eximiendo de responsabilidad a quien reproduzca información (en tanto esta este fiel y debidamente atribuida) y modifica el artículo 117, eximiendo de pena al que se retractase públicamente sin asumir culpa.<sup>53</sup> Además, la reforma mantiene la “*Exceptio Veritatis*” para los acusados de injuria en contextos no vinculados con el interés público.<sup>54</sup>

La sanción de la ley 26.551 concretó a nivel legislativo lo que ya se verificaba en la jurisprudencia local, impactada por el derecho internacional y por el debate en torno a esta temática que durante diez años ocupó la agenda política y parte de la judicial. Cabe destacar a modo de ejemplos, los casos *Bruno, Arnaldo Luis c/Sociedad Anónima La Nación*,<sup>55</sup> donde la Corte Suprema establece que para ser calumnia, la acusación debe ser clara y concreta<sup>56</sup> y además se establece que la atribución de la información a la fuente exime de responsabilidad al periodista y al periódico;<sup>57</sup> y *Patitó José Ángel y otro c/ Diario La Nación y otros*, donde se destaca el interés público como ele-

<sup>51</sup> Corte I.D.H., *Caso Kimel vs. Argentina*, Resolución, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 15 de noviembre de 2010, Parr. 14.

<sup>52</sup> Extractos del discurso de Cristina Fernández de Kirchner en ocasión del reconocimiento de responsabilidad estatal por las violaciones declaradas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Kimel vs Argentina*, Visión 7 Mediodía: Homenaje al Periodista Eduardo Kimel, disponible en [http://www.youtube.com/watch?v=8JRY-e3R6fs&feature=player\\_embedded](http://www.youtube.com/watch?v=8JRY-e3R6fs&feature=player_embedded).

<sup>53</sup> Ley 26.551, Congreso Nacional de la República Argentina, sancionada el 18 de noviembre de 2009 y promulgada el 26 del mismo mes y publicada en el Boletín Oficial el día 27 de noviembre de 2009, disponible en <http://www.boletinoficial.gov.ar/Inicio/Index.castle>.

<sup>54</sup> Id.

<sup>55</sup> CSJN, *Bruno, Arnaldo Luis c. Sociedad Anónima La Nación*, Expte. B.439.XXXIV, 23 de agosto de 2001. La Corte Suprema evalúa la demanda del Sr. Bruno, quien fuera identificado como un exmilitar posiblemente involucrado en el ataque terrorista a la Asociación Mutual Israelita Argentina de 1994 por el diario La Nación.

<sup>56</sup> Id., considerando 14) “Que bajo la óptica de esta última regla jurisprudencial, cabe señalar que de la lectura de las distintas notas publicadas los días 30 y 31 de marzo y 1° y 2 de abril de 1992, no se desprende que el diario La Nación haya formulado una imputación clara y concreta sobre la supuesta participación del demandante en el atentado a la Embajada de Israel, pues en reiteradas oportunidades expresó que la participación del ex militar o de un pariente suyo en el referido atentado constituía una “hipótesis más de trabajo de los investigadores, cuyos orígenes desconocían las fuentes consultadas”, o que no eran “hipótesis valederas” o se “trataban de simples versiones lanzadas al azar como tantas otras que aparecieron en los medios periodísticos”.

<sup>57</sup> CSJN, *Bruno, Arnaldo Luis c. Sociedad Anónima La Nación*, Expte. B.439.XXXIV, 23 de agosto de 2001. La Corte Suprema sostuvo que al haber atribuido la información a un informe policial, aunque no diera mas detalles sobre el mismo, el periódico quedaba exento de responsabilidad. “[...]e]l Tribunal ha expresado que el medio periodístico se exime de responsabilidad cuando atribuye sinceramente la noticia a una fuente, dado que aquella dejaría de serle propia, ello pues cuando se adopta esta modalidad se transparenta el origen de las informaciones y se permite a los lectores relacionarlas no con el medio a través del cual las han recibido, sino con la específica causa que las ha generado. Los afectados por la información resultan beneficiados, de este modo, en la medida en que sus eventuales reclamos -si ellos se creyeran con derecho-, podrán ser dirigidos contra aquellos de quienes las noticias realmente emanaron y no contra los que sólo fueron sus canales de difusión (Fallos: 316:2416, considerando 10 y 2394, considerando 6°).”

mento determinante del margen de tolerancia a las expresiones injuriantes<sup>58</sup> y la distinción entre afirmaciones y juicios de valor, sosteniendo que estas últimas no pueden ser objeto de sanción.<sup>59</sup>

Es dable destacar que la jurisprudencia y la reforma de 2009 hacen especial hincapié en el tema del interés público, y sin embargo no definen el concepto. Resta evaluar si la redefinición del delito de calumnias e injurias que el legislador ha hecho, y que gran parte de la sociedad civil ha apoyado, ha sido efectiva y ha logrado evitar la instauración de procesos penales respecto de personas públicas y en materia de interés público, que es el objetivo principal que se pretendía.<sup>60</sup>

#### **d) El caso *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina* (2011)<sup>61</sup>**

El caso *Fontevicchia*<sup>62</sup> retomó la problemática planteada por el caso *Acher*, incluido en la petición de *Verbitsky, Acher y Sanz (Argentina)*<sup>63</sup> respecto a la falta de precisión en la regulación de indemnizaciones civiles por calumnias e injurias, y fue el primer caso resuelto por la Corte respecto del derecho a la vida privada y al uso de la propia imagen.

La revista “Noticias”, de la Editorial Perfil S.A., publicó en noviembre de 1995 dos artículos sobre la relación extramarital del entonces Presidente de la Nación, Dr. Carlos Saúl Menem, y una diputada nacional por la provincia de Formosa, la Sra. Martha Meza, de la cual habría nacido un hijo hasta ese entonces no reconocido por el Dr. Menem.<sup>64</sup> Las notas en cuestión se refieren a la relación entre ambos y de los progenitores con el menor; supuestos regalos del Presidente a su hijo; y el rápido enriquecimiento de la Sra. Meza.<sup>65</sup> Los artículos fueron acompañados de fotos del Dr. Menem, la Sra. Meza y Carlos Nair Meza, su hijo, obtenidas en la casa de gobierno, en la residencia del Dr. Menem y en la residencia oficial de descanso en la Costa Atlántica. El Sr. Jorge Fontevicchia era al momento el Director de la Revista Noticias y el Sr. Héctor D'Amico el Director de Redacción y Editor responsable de la misma.

<sup>58</sup> CSJN, *Patitó José Ángel y otro c/ Diario La Nación y otros*. 24/06/2008. Fallos: 331:1530, Respecto de la distinción entre opiniones y afirmaciones, el voto de la mayoría en el caso *Patitó*, de 2008, estableció en su considerando octavo que: “[d]e estas consideraciones cabe deducir que no es necesario crear otro estándar para juzgar las difamaciones ocasionadas mediante puras opiniones. Una conclusión semejante debe ser prevenida recordando que en el marco del debate público sobre temas de interés público y, en especial sobre el gobierno, toda expresión que admita ser clasificada como una opinión, por sí sola, no da lugar a responsabilidad civil o penal a favor de las personas que ocupan cargos en el Estado; no se daña la reputación de estas mediante opiniones o evaluaciones, sino exclusivamente a través de la difusión maliciosa de información falsa.(...)” Y agregando a lo antedicho, el voto de la Ministra de la Corte Suprema Sra. Highton de Nolasco, en el mismo caso agrega:

“[e]l editorial del diario demandado tuvo por finalidad expresarse acerca de un tema de interés público – el funcionamiento del C.M.F.-utilizando para ello tanto afirmaciones sobre hechos como opiniones críticas.

“Esta distinción entre hechos y opiniones es jurídicamente relevante para establecer que tipo de regla se debe aplicar para juzgar la responsabilidad civil: (...) en el caso de las opiniones críticas – en tanto no es posible predicar de ellas verdad o falsedad (voto de los jueces Petracchi y Bossert en Fallos 321:2558)- no se aplicaran dichas doctrinas, sino un criterio de ponderación con fundamento en el estándar del “interés público”.”

<sup>59</sup> CSJN, *Patitó José Ángel y otro c/ Diario La Nación y otros*. 24/06/2008. Fallos: 331:1530, considerando 8vo.

<sup>60</sup> El Cele está desarrollando un estudio sobre la aplicación de la ley 26.551 y la efectividad de la misma para regular la libertad de expresión y sus límites respecto a personas públicas en materia de interés público.

<sup>61</sup> Corte I.D.H., *Caso Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Serie C No. 238.

<sup>62</sup> Id.

<sup>63</sup> CIDH, *Horacio Verbitsky y Otros (Argentina)*, Petición 12.128, Informe N. 3/04, Admisibilidad, 24 de febrero de 2004.

<sup>64</sup> Corte I.D.H., *Caso Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Serie C, No. 238.

<sup>65</sup> CIDH, *Fontevicchia y D'Amico (Argentina)*, Informe 82/10, Fondo, Caso 12.524, del 10 de diciembre de 2010, disponible en <http://www.cidh.oas.org/demandas/12.524Esp.pdf>.

El mismo año el Dr. Menem inició una demanda por calumnias e injurias contra Editorial Perfil S.A., Jorge Fontevecchia, y Héctor D'Amico en la que alegó que los artículos antedichos constituyeron una intrusión ilegal en su vida privada y que la difusión ilegítima de fotografías lesionaron su imagen y la de su familia. El demandante solicitó una indemnización de un millón quinientos mil pesos (\$1.500.000).<sup>66</sup>

La causa se radicó en el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil No. 35 que desestimó la demanda. La decisión fue apelada por el demandante ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, que hizo lugar a la apelación y modificó la sentencia de primera instancia declarando la ilegítima intrusión en la privacidad del Dr. Menem y ordenando una indemnización de ciento cincuenta mil pesos (\$150.000). Esta decisión fue apelada por recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La Corte Suprema confirmó la sentencia pero redujo el monto de indemnización a sesenta mil pesos (\$60.000).<sup>67</sup>

A pesar de la reducción de la indemnización, el monto final ascendió a más de \$250.000 pesos. A la suma inicial de \$60.000, se sumaron los intereses y costas hasta el momento de la sentencia de la Corte Suprema, que ascendieron a más de \$40.000 pesos. Además, al momento de hacer efectiva la ejecución de la sentencia, Editorial Perfil estaba en convocatoria de acreedores, lo cual generó un nuevo retardo en la ejecución de lo adeudado.<sup>68</sup> El demandante fue entonces contra el Sr. D'Amico, quien abonó la suma de \$140.000 pesos saldando la deuda original y los intereses. Además, el demandante reclamó, del concurso de Editorial Perfil la suma de \$105.000 pesos en concepto de devolución de la tasa de justicia abonada para iniciar la demanda.<sup>69</sup>

El CELS y la Asociación Periodistas, en nombre de los Sres. Fontevecchia y D'Amico, presentaron la petición el 15 de noviembre de 2001 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Los peticionarios alegaron la violación de los artículos 1.1, 2, 13 y 8 de la Convención Americana y propusieron para el análisis del caso el mismo test que la Corte Interamericana desarrolló para evaluar el balance entre la libertad de expresión y la protección de la honra. Y propusieron la distinción en la protección del derecho a la vida privada de las personas públicas respecto de privadas y de información atinente al interés público respecto de privado.

Conforme la petición, la información publicada respondía a asuntos de interés público, en tanto la paternidad no reconocida del Dr. Menem constituiría por lo menos un incumplimiento de la ley de familia por parte del propio Presidente de la Nación, y el aparente enriquecimiento ilícito de la Sra. Meza sin duda constituía un asunto de interés público. Además, alegaron que la información que publicó la Revista "Noticias" era de dominio público y argumentaron que el monto de la indemnización no era reparatorio sino punitivo, y absolutamente desproporcionado, siendo hasta dos y tres veces mayor que los montos asignados en la misma materia en otros casos.<sup>70</sup>

El trámite ante la Comisión duró poco menos de una década, por diversos motivos: inactividad de los peticionarios, del Estado y de la propia Comisión. Sin embargo, fuera por casualidad o por decisión estratégica, el litigio adquirió dinamismo nuevamente inmediatamente después de que la Corte Interamericana se pronunciara en el *caso Kimel*.<sup>71</sup>

---

<sup>66</sup> Id.

<sup>67</sup> Id.

<sup>68</sup> La Convocatoria de Acreedores es un instituto del derecho comercial previo a la quiebra.

<sup>69</sup> CIDH, *Fontevecchia y D'Amico (Argentina)*, Informe 82/10, Fondo, Caso 12.524, del 10 de diciembre de 2010, Parr. 77-79, disponible en <http://www.cidh.oas.org/demandas/12.524Esp.pdf>.

<sup>70</sup> CIDH, *Fontevecchia y D'Amico (Argentina)*, Informe 82/10, Fondo, Caso 12.524, del 10 de diciembre de 2010, Parr. 2, disponible en <http://www.cidh.oas.org/demandas/12.524Esp.pdf>.

<sup>71</sup> Puede que responda en cierta medida a una estrategia de activismo, primero impulsar y concretar la reforma legislativa para luego avanzar en materia civil e indemnizatoria.

La Comisión Interamericana elevó el caso a la Corte el 10 de diciembre de 2010.<sup>72</sup> Siguiendo la estrategia de los casos anteriores, se presentaron 2 *amici curiae* en el caso: el primero lo presentó el Comité para la Protección de Periodistas; y el segundo la organización “Article 19.”<sup>73</sup>

En la instancia ante la Corte, los peticionarios reiteraron sus alegatos ante la Comisión. Además, enfatizaron, entre otras cosas, el efecto inhibitor (“chilling effect”) de las sanciones pecuniarias, y explicaron en su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas que este efecto disuasivo afectaba: 1) a los periodistas que no contaban con garantías dentro de sus propios medios para afrontar este tipo de sanciones; 2) a los propios medios que enfrentaban la posibilidad de quiebra a raíz de estas sanciones; 3) a los investigadores independientes que no contaban con un sindicato o unión que los protegiera o amparara ante esta situación.<sup>74</sup> Agregaron que el efecto inhibitor provino además de la laxitud de los parámetros legales para fijar indemnizaciones en esta materia.

Durante el litigio ante la Corte, los peticionarios alegaron, además, la violación del artículo 2 de la Convención en tanto que la legislación era a su entender excesivamente amplia, falta de especificidad, y abierta a interpretaciones abusivas. El argumento fue sin embargo desarrollado a cabalidad en el escrito de alegatos finales presentado ante la Corte Interamericana después de la audiencia pública y giró en torno a la redacción del artículo 1071 bis del Código Civil Argentino que dice:

“El que arbitrariamente se entrometiese en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubiese cesado y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el Juez, de acuerdo a las circunstancias; además podrá este, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuera procedente para una adecuada reparación.”<sup>75</sup>

Los peticionarios alegaron: 1) que el texto citado no definía qué constituiría una intromisión arbitraria, y en ese sentido no hacía ninguna distinción respecto de personas públicas o privadas, como tampoco destacaba el interés público como herramienta en la determinación de arbitrariedad; y 2) la discrecionalidad y ausencia absoluta de parámetros para determinar un monto indemnizatorio proporcional, teniendo en cuenta, especialmente, que la sanción en casos de libertad de expresión se constituye por sí misma en una restricción de este derecho.<sup>76</sup>

La decisión de la Corte Interamericana en el *caso Fontevecchia* avanzó la jurisprudencia del Sistema en materia de libertad de expresión al tratar por primera vez el tema del derecho a la vida privada y establecer principios generales respecto del control que uno puede ejercer sobre su propia imagen.

La Corte en su decisión adoptó como criterio el propuesto por los peticionarios al aplicar lo establecido respecto de la honra y reputación de las personas *mutatis mutandi* al derecho a la privacidad y sostuvo:

“El Tribunal considera que los estándares que ha utilizado respecto a la protección de la libertad de expresión en los casos de los derechos a la honra y a la reputación son aplicables, en lo pertinente, a

<sup>72</sup> Corte I.D.H., *Caso Fontevecchia y D’Amico vs Argentina*, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2011.

<sup>73</sup> Corte I.D.H., *Caso Fontevecchia y D’Amico vs Argentina*, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Sin embargo solo el primero fue recibido y considerado por la Corte. El segundo fue presentado en un idioma distinto al idioma de trabajo de la Corte para el presente caso y su traducción fue presentada de manera extemporánea, nota a pie de página Numero 7.

<sup>74</sup> Entrevista con Eduardo Bertoni, abogado de los peticionarios, Universidad de Palermo, Enero 2012.

<sup>75</sup> Código Civil de la República Argentina, Ley 340 y mod., Abeledo-Perrot. 2004. ISBN 950-20-1558-4.

<sup>76</sup> Restricción que de ser proporcional, necesaria y legal, resultaría legítima y de no serlo se transformaría en arbitraria y por ende violatoria del derecho a la libertad de expresión conforme lo establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

casos como el presente. Ambos derechos están protegidos en el mismo artículo bajo una fórmula común e involucran principios similares vinculados con el funcionamiento de una sociedad democrática. De tal modo, dos criterios relevantes, tratándose de la difusión de información sobre eventuales aspectos de la vida privada, son: a) el diferente umbral de protección de los funcionarios públicos, más aún de aquellos que son elegidos popularmente, respecto de las figuras públicas y de los particulares, y b) el interés público de las acciones que aquellos realizan.”<sup>77</sup>

Respecto del uso de las fotografías en los artículos periodísticos cuestionados, la Corte sostuvo que

“(…)Aunque el derecho a la propia imagen no se encuentra expresamente enunciado en el artículo 11 de la Convención, las imágenes o fotografías personales, evidentemente, están incluidas dentro del ámbito de protección de la vida privada. Asimismo, la fotografía es una forma de expresión que recae en el ámbito de protección del artículo 13 de la Convención. La fotografía no solo tiene el valor de respaldar o dar credibilidad a informaciones brindadas por medio de la escritura, sino que tiene en sí misma un importante contenido y valor expresivo, comunicativo e informativo; de hecho, en algunos casos, las imágenes pueden comunicar o informar con igual o mayor impacto que la palabra escrita. Por ello, su protección cobra importancia en tiempos donde los medios de comunicación audiovisual predominan. Sin embargo, por esa misma razón y por el contenido de información personal e íntima que pueden tener las imágenes, su potencial para afectar la vida privada de una persona es muy alto.”<sup>78</sup>(…)

(…) este Tribunal considera que no toda publicación de imágenes requiere el consentimiento de la persona retratada. Esto resulta aún más claro cuando las imágenes se refieren a quien desempeña el más alto cargo ejecutivo de un país, dado que no sería razonable exigir que un medio de comunicación deba obtener un consentimiento expreso en cada ocasión que pretenda publicar una imagen del Presidente de la Nación. Por ello, en este caso en particular, la alegada ausencia de autorización del señor Menem tampoco transforma a las imágenes publicadas en violatorias de su privacidad.”<sup>79</sup>

Como se desprende de lo anterior, Corte Interamericana se pronunció sobre el derecho a la vida privada dándole cierto contenido y especificidad, sobre todo cuando dicho derecho deba contrastarse con el derecho a la libertad de expresión en su carácter individual y colectivo (en beneficio de la sociedad toda).

Sin embargo, quienes critican el fallo no lo hacen por lo que el mismo dice sino por lo que se omite. La Corte sostuvo que el marco que provee el artículo 1071 bis del Código Civil respecto de los daños y perjuicios en casos de calumnias e injurias no violaba lo establecido en la Convención Americana en su artículo 2.<sup>80</sup> La ley civil, conforme lo interpreta la Corte, puede y debe tener parámetros más amplios que la penal.<sup>81</sup> La aplicación de las restricciones a la libertad de expresión de manera proporcionada, necesaria y legal descansaría entonces exclusivamente sobre la interpretación judicial que los tribunales hagan de las leyes civiles.

La conclusión de la Corte Interamericana es por lo menos conflictiva. En el caso bajo estudio fueron los mismos tribunales los que se pronunciaron de manera contraria a la Convención Americana, incluso cuando dicha actuación

<sup>77</sup> Corte I.D.H., *Caso Fontevecchia y D'Amico vs Argentina*, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Parr. 59.

<sup>78</sup> Id., Parr. 67.

<sup>79</sup> Id., Parr. 70.

<sup>80</sup> Id., Parr. 84 y ss.

<sup>81</sup> Id., Parr. 84 y ss.



estuviera dentro de los parámetros referidos de la ley civil.<sup>82</sup> De la propia sentencia de la Corte se desprende que ni en primera ni en segunda instancia se consideró el interés público que denostaba la información publicada y objeto de la demanda; ni se hizo distinción alguna teniendo en cuenta que el demandante era una persona pública.<sup>83</sup> Tampoco se tuvieron en cuenta dichos elementos al momento de determinar, “en equidad,” la indemnización correspondiente.

En esta materia resta evaluar como actuará la justicia en todos sus niveles a partir de esta decisión, que en última instancia corroborará la posición de la Corte o hará necesaria otra campaña de litigio y activismo a nivel local e internacional para lograr la acaba protección de la libertad de expresión.

## IV. Algunas reflexiones sobre el proceso de despenalización en Argentina

El proceso de despenalización de la expresión en Argentina fue largo pero exitoso. En el lapso de dos décadas, se logró erradicar las leyes de desacato, modificar las leyes penales de calumnias e injurias y plantear en la agenda el tema de la proporcionalidad de las sanciones civiles a la expresión. Surgen del proceso algunas cuestiones destacables que pueden contribuir al desarrollo de estrategias para lograr la despenalización de la expresión a nivel regional:

- *Relevancia de una estrategia global:* El proceso de despenalización respetó un orden de “gravidad.” Intencional o accidentalmente, la sociedad civil primero se avocó a despenalizar el desacato; después lanzó la campaña contra la penalización de calumnias e injurias, y finalmente atacó las sanciones civiles por su potencial efecto disuasivo sobre la prensa. A pesar de que los peticionarios presentaron casos de índole mixta, atacando regulaciones penales y civiles conjuntamente, lo cierto es que los casos avanzaron en el Sistema Interamericano y en la agenda nacional a través del activismo de manera ordenada y paulatina.
- *Selección de casos:* Los casos llevados ante el Sistema Interamericano fueron, según los propios peticionarios, seleccionados estratégicamente y supieron representar el estado del derecho y la situación interna en torno a cada uno de los temas. Además, los casos tuvieron resonancia interna y cobertura de los medios de todos los espectros políticos, lo cual permitió que se convirtieran eventualmente en casos emblemáticos a nivel nacional.
- *Complementariedad entre el orden interno e internacional:* Los casos a nivel internacional acompañaron el continuo trabajo interno, tanto en los tribunales como en el ámbito legislativo. Quizás el caso *Verbitsky, Acher y Sanz*, el único que se incluyó en este artículo a pesar de no haber obtenido una decisión a nivel interamericano, es donde mejor se observa como se acompañó la estrategia local con el trabajo a nivel internacional, atendiendo a los tiempos, las circunstancias y las necesidades locales. Recordemos que el caso fue presentado un año antes de la debacle económica y social de 2001-2002 y, a pesar de ello, aferrados a un proceso de solución amistosa, los peticionarios lograron mantener el tema de la despenalización en la agenda nacional hasta terminada la transición en 2003. Y que desde entonces supieron utilizar la plataforma del caso para apoyar el litigio de los casos *Kimel* y *Fontevicchia* en aras de la despenalización.
- *Retoolimentación de la jurisprudencia local e internacional:* Los peticionarios, y las organizaciones sociales en general, supieron utilizar los precedentes interamericanos en sus argumentaciones a nivel local, mechando la

---

<sup>82</sup> Id., Parr. 54 y ss.

<sup>83</sup> Id., Parr. 54 y ss.

jurisprudencia interamericana con la argentina.<sup>84</sup>

- *La utilización de la Solución Amistosa:* En la solución amistosa se conjugan la naturaleza cuasi política y cuasi jurisdiccional de la Comisión. A pesar de que en general se piense en el Sistema Interamericano como en un sistema jurisdiccional, su dimensión política no es menos importante. El uso de este instituto permitió a los peticionarios negociar la derogación del desacato con el apoyo de un organismo internacional, en el marco de un proceso cuasi judicial; a la Comisión le permitió avanzar su rol de protección y prevención, como se observa en el *caso Verbitsky*; y al Estado le permitió solucionar la controversia, de manera negociada, sin una condena internacional.
- La solución amistosa ante la Corte tiene connotaciones distintas y raramente ha sido utilizada. Cabe destacar el *caso Kimel* como un ejemplo de este instituto. No surge de la revisión de los documentos por qué el Estado no accedió a la solución amistosa ante la Comisión. Sin embargo, llegado el caso a la Corte Interamericana, el Estado negoció y logró un acuerdo con los peticionarios y la Comisión. A pesar de que la Corte se pronunció de todas maneras sobre el fondo del asunto, el acuerdo permitió negociar los términos de la reforma legislativa extrajudicialmente.
- *Apoyo local, regional e internacional:* Todos los casos presentados en el marco del proceso de reforma fueron apoyados por juristas locales de distintos espectros, organizaciones regionales e internacionales, que dieron visibilidad a la relevancia del asunto y al consenso en torno a dicha relevancia.
- *Activismo:* Si bien los casos ante el Sistema Interamericano fueron notorios detonantes de la reforma legislativa, la actividad parlamentaria de los peticionarios y las alianzas de las ONGs locales en torno al tema contribuyeron en forma determinante a crear las condiciones de apertura y permeabilidad a las recomendaciones y sentencias del sistema regional. Además, lograron la visibilización del tema en la totalidad del espectro político, incluyendo gobierno y oposición.

## V. Conclusión

El Sistema Interamericano jugó un rol fundamental en el proceso de despenalización de la expresión en Argentina, en gran parte debido al activismo y litigio interno y la permeabilidad del Estado a dicho sistema.

El rol de las organizaciones sociales -el CELS, la Asociación Periodistas, CEJIL- en este proceso fue, sin duda, fundamental y crítico. El Sr. Fontevecchia, en una entrevista periodística posterior a la audiencia ante la Corte Interamericana en su caso, destaca al CELS y a la figura de Horacio Verbitsky como el motor detrás del proceso de despenalización, dándole dirección y constancia a los reclamos.<sup>85</sup>

Sin embargo, a pesar de los destacados avances en materia de protección de la expresión en Argentina, la obra

<sup>84</sup> En el marco de un encuentro promovido por el Inter-American Dialogue sobre Libertad de Expresión, activistas y abogados de toda la región coincidieron en la importancia de esta retroalimentación, que ellos llamaron estrategia vertical y definieron como la selección de casos para litigar ante el Sistema Interamericano y la utilización de los precedentes resultantes en el litigio ante los tribunales locales. Inter- American Dialogue, *En Defensa de la Libertad de Expresión: del caso Verbitsky al caso Herrera Ulloa*, Monserrat Solano Carbioni, Agosto 2005, disponible en [http://www.thedialogue.org/PublicationFiles/Defamation report, final.pdf](http://www.thedialogue.org/PublicationFiles/Defamation%20report,%20final.pdf).

<sup>85</sup> Jorge Fontevecchia, *El Perro Verbitsky, El CELS corona la obra a la cual Verbitsky dedicó su vida. Se puede sentir muy orgulloso*, Editorial Perfil, 28 de agosto de 2011.

---

no puede aun darse por concluida. En el ámbito penal, la reforma legislativa planteó la despenalización de la expresión de interés público, pero mantuvo la penalización respecto del resto. Dicha regulación, conjugada con la falta de precisión respecto del contenido del “interés público” mantiene encendido el debate en torno a los riesgos que implica la utilización del derecho penal como herramienta en la restricción, incluso legítima, de la expresión.

En el ámbito civil, en el caso *Fontevicchia*, la Corte Interamericana resolvió no ordenar una modificación legislativa y avaló con ello los parámetros existentes que rigen la regulación de indemnizaciones por calumnias e injurias. Sin embargo, el caso logró visibilizar el paralelismo entre las sanciones penales y las sanciones civiles, cuando estas fueran desproporcionadas, y dejó el tema instaurado en la agenda internacional. Resta ver como se desarrolla el tema en el futuro.

Como se desprende de lo antedicho, la riqueza de la experiencia argentina se ve reflejada en dos aspectos: 1) el desarrollo de estándares internacionales en la materia, en tanto los casos argentinos se insertan en una serie de casos que a nivel regional han dado contenido y forma al artículo 13 de la Convención Americana; y 2) las lecciones aprendidas y mejores practicas que arrojó el proceso mismo y que pueden inspirar nuevas herramientas en los procesos de despenalización de países vecinos.