

# Panorama de la libertad de expresión y autonomía personal en el sistema nacional y regional

*Tomás Arceo\**

## **Resumen**

Este trabajo toma como base dos casos genéricos hipotéticos (aunque con verdadero anclaje en la realidad) como son la penalización de los periodistas por opiniones agraviantes cometidas en el debate público y la condena a un individuo por negarse a la transfusión de un familiar enfermo. A partir de allí reconstruye los dos principios basilares de la democracia constitucional liberal moderna, como son la libertad de expresión y la autonomía personal.

Para ese cometido utiliza y rastrea en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Suprema estadounidense. Llega a la conclusión de que las modificaciones legislativas producidas en Argentina en los últimos años en esas temáticas (2009 y 2012) pueden considerarse como el desarrollo deliberativo y encadenado de una práctica constitucional virtuosa.

\* Abogado por la UBA, Orientación en Derecho Público. Cursó la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo Económico, Universidad Católica Argentina (2008/09). Obtuvo el Curso de Posgrado en Derecho, “La garantía internacional de los derechos humanos y su proyección en los Estados”, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España. Actualmente, maestrando en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Universidad de Palermo. Auxiliar docente en la materia Elementos de Derecho Administrativo desde el año 2003 (cátedras Cassagne y Tawil); participó del curso de CPO “Responsabilidad del Estado y sus Agentes”, durante los años 2005/07. Actualmente, Ayudante de 1° (por concurso público aprobado por Res. CD 5101/17). Culminó el Programa de Formación Docente (2005/10) en dicha facultad; tarceo@jusbaire.gov.ar

Palabras clave: libertad de expresión, debate público, autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona, democracia liberal.

## **Current Scenario for Freedom of Speech and Personal Autonomy in National and Regional Systems**

### **Abstract**

This paper is based on two generic and hypothetical but strongly linked to reality scenarios. These scenarios includes the sanctions imposed on news reporters for detrimental opinions spoken at a public debate and the punishment imposed on a person who refused a blood transfusion to an ill family member. From this point onwards, the paper rebuilds two basilar principles of modern constitutional liberal democracy: freedom of speech and individual autonomy.

For such purpose, this document resorts and tracks down case-law from the European Court on Human Rights, the Argentine Supreme Court, the Inter-American Court on Human Rights and the United States Supreme Court. We concluded that the legislative amendments carried out in Argentina during the last years regarding this matter (2009 and 2012) can only be considered as the deliberative and chained development of a virtuous constitutional practice.

Keywords: Freedom of Speech; Public Debate; Autonomy; Inviolability and Human Dignity; Liberal Democracy.

## **I. La libertad de expresión. Periodismo, opiniones y soluciones europeas**

### **1.**

La libertad de expresión y la autonomía personal configuran dos principios fundamentales en todo esquema constitucional moderno. De su profundidad y correcto ejercicio pueden sacarse conclusiones acerca de la salud del sistema democrático. Los Estados tienen el deber no solo de impedir u obsta-

culizar su libre ejercicio, sino de generar las condiciones materiales para que los ciudadanos puedan desplegar en todo su esplendor una autonomía personal fuerte y robusta, y para que la libertad de expresión pueda desenvolverse en sus dos ámbitos, tanto en el individual del derecho de los individuos a expresarse y difundir información (incluyendo la opinión y expresión) como en el colectivo de la sociedad de recibir información fidedigna y no distorsionada.<sup>1</sup>

Con motivo de la reflexión sobre ciertos casos paradigmáticos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, surgió la pregunta válida de cómo se resolvería un caso relacionado con la libertad de expresión, personas públicas y opiniones agraviantes en el ámbito nacional y en el sistema interamericano de derechos humanos. A partir del célebre caso “Lingens”<sup>2</sup> de la década del 80 (citado múltiples veces en la jurisprudencia americana) tiene interés verificar la adecuación del Código Penal austríaco en su contraste con la libertad de expresión, toda vez que los hechos que allí se enjuiciaron –al margen de su regulación puntual– no son inusuales en el debate contemporáneo ni son imposibles de reeditarse. Mi interés en este acápite será, entonces, evaluar la regulación normativa que el derecho al honor tiene (y tuvo) en el régimen austríaco, para detectar si una ofensa al honor proveniente de la prensa que involucre a personas públicas en el ejercicio de sus funciones o en temas de interés general puede ser penalizado, cuáles son sus límites, alcances, extensión y los estándares que debe respetar para no poner en cuestión o lesionar el derecho a la libertad de expresión, según este es entendido hoy en día.

Como se recordará, en el sistema austríaco el Código Penal castiga la difamación del siguiente modo:<sup>3</sup>

1. Un desarrollo de la protección amplia reconocida en los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos como en el europeo y americano (arts. 19 de la DUDH y del PIDCyP; art. 10 del Convenio Europeo; y arts. 4 DADDH y 13 de la CADH), y la opinión de sus órganos autorizados, puede verse en Arceo, Tomás, “La libertad de expresión en internet frente a los sistemas privados de remoción de contenidos. Distintas regulaciones”, en *Revista Erreius, Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio*, Flah-Tanzi (dir.), Buenos Aires, mayo de 2018, pp. 330-334.

2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), caso “Lingens v. Austria”, Sentencia 9815/82, del 8 de julio de 1986.

3. TEDH, caso “Lingens”, p. 20. El texto se mantiene en lo sustancial, ver el Sistema de Información Legal de la Federación (Rechtsinformationssystem des Bundes, RIS),

Art. 111:

1. Se castigará con la pena de privación de libertad de seis meses como máximo o con la pena de multa al que, de manera que pueda ser conocida por tercera persona, acuse a otra de una característica, actitud o conducta opuesta al honor y a las buenas costumbres y de naturaleza que la haga despreciable o desmerecedora en el concepto público.
2. Se castigará con la pena de privación de libertad de un año como máximo o con la pena de multa (...) al que cometa esta acción en un medio impreso, por medio de la radiodifusión o de otra manera que permita la amplia difusión de la difamación.
3. No se castigará al autor si se demuestra la veracidad de la aseveración. En el caso a que se refiere el apartado 1, no se la castigará tampoco si se prueba la concurrencia de circunstancias que dieron al autor razones suficientes para considerar verdadera la afirmación.

Art. 112:

La prueba de la veracidad y la de la buena fe sólo se admiten si el autor alega la exactitud de lo dicho o su buena fe (...).

En el caso mencionado, un periodista (Sr. Lingens) publicó dos artículos en una revista de Viena sumamente críticos y sensibles contra un importante político austríaco. Los antecedentes se remontan a 1975, cuando luego de las elecciones generales en Austria (un país invadido por el nazismo en la Segunda Guerra Mundial) el presidente del Centro de Documentación Judía acusó en una entrevista televisiva al presidente del Partido Liberal de Austria (Sr. Peter) de haber participado en la Brigada de Infantería de las S.S. Al día siguiente Peter fue apoyado explícitamente por el canciller (Bruno Kreisky), recibéndolo en una reunión y expresándose enérgicamente en contra de la acusación (calificándola como “métodos mafiosos”).

En el primer artículo, titulado “El Caso Peter”, reflexionaba que si bien el acusado tenía el beneficio de la presunción de inocencia, su pasado lo convertía en inadmisibile para la política austríaca. Y tildó, a la contestación

del canciller al CDJ, como del peor y más odioso oportunismo. En el segundo, titulado “Reconciliarse con los nazis, pero ¿cómo?”, no solo criticaba al canciller por su apoyo a Peter, sino también por su benevolencia hacia antiguos nazis que recientemente participaban en la vida política austríaca, calificándolo como inmoral e indigno.

Los tribunales internos de Austria, luego de algunos reenvíos, terminaron condenando al periodista, como culpable de difamación, por utilizar las expresiones “peor oportunismo”, “el oportunismo más odioso”, “inmoral”, “indigno”, con una multa dineraria, atenuándola en su cuantía porque se habían formulado críticas políticas sobre personalidades públicas y en este aspecto la tolerancia en materia de injurias tenía que ser mayor que en las demás personas.

Asimismo, en cuanto a la excepción procesal de veracidad, señalaron que el acusado no había aportado ninguna prueba y que dicha obligación de probar la veracidad de las afirmaciones para eximirse de responsabilidad se deriva de la ley, y no corresponde al juez, sino al legislador, hacer la prueba más fácil.

Como se sabe, el TEDH invalidó esa condena por contrariar el art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), que establece:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.
2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos de terceros, para impedir la divulgación de informaciones

confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

Lo hizo porque a pesar de que la injerencia en la libertad de expresión estaba “prevista por la ley” (art. 111 CP) y perseguía una de las finalidades del ap. 2 (“protección de la reputación o de los derechos de terceros”), sin embargo, no superó el test de ser “necesaria en una sociedad democrática”, pues el adjetivo “necesaria” importa una “necesidad social imperiosa” (sentencia TEDH, caso “Lingens”, párr. 39).

Ponderó, a esos efectos, que la crítica de dirigentes políticos es más amplia que cuando se trata de un mero particular, que el asunto era de evidente interés público, que la condena amenaza con disuadir publicaciones a futuro y que la excepción de veracidad era inaplicable a opiniones o juicios de valor (íd., párr. 42, 43, 44, 45 y 46).<sup>4</sup>

4. La jurisprudencia ulterior del TEDH es oscilante. Así, por ejemplo, en materias donde está en juego el prestigio del Poder Judicial o su actuación independiente, y las opiniones hieren a los magistrados pudiendo afectar a esta última, tiene cierta deferencia a lo resuelto en ámbito nacional: conf. TEDH, caso “Prager and Obershlick vs. Austria”, sent. del 26/4/1995, donde la condena a un periodista por publicar una nota titulada “¡Cuidado con los jueces malvados!” fue justificada a tenor de la necesaria confianza que el pueblo debe tener en la misión del Poder Judicial, frente a ataques destructivos carentes de fundamento serio. Sin embargo, en otro caso vinculado a magistrados fue declarado violado el art. 10 de la Convención por exigir la “prueba de la veracidad”, frente a la imputación de parcialidad y simpatía por la extrema derecha, v. TEDH, caso “De Haes and Gijssels vs. Bélgica”, sent. del 24/2/1997. Otro exceso de la “prueba de la veracidad” fue declarado en el caso “Schwabe vs. Austria”, sent. del 28/8/1992, pues la publicación de una condena anterior por conducir en ebriedad a un vicepresidente era exacta y la buena fe no estaba en dudas por parte del periodista. Cuando la expresión u opinión supera todo límite tolerable para trasladarse al campo de la ofensa pura y dura o el ataque irrazonable y no justificado, las sentencias de Estrasburgo evitan descalificar las decisiones nacionales (p. ej., la calificación de “defensa lamentable” hecha por el ministro en sede judicial que puede influir en un caso pendiente, TEDH caso “Worm vs. Austria”, sent. del 29/8/1997; el insulto a policías –zoquetes e idiotas– en un altercado callejero con vendedores ambulantes, TEDH, caso “Janowski vs. Polonia”, sent. del 21/1/1999; la calificación excesiva de “encubridoras” por un faltante de dinero en una disputa interna en un sindicato, TEDH caso “Constantinescu vs. Rumania”, sent. del 27/6/2000; o la calificación de “rompe matrimonios” y “madre negligente” a la esposa del primer ministro, TEDH, caso “Tammer vs. Estonia”, sent. del 6/2/2001). Para el Tribunal Europeo, en síntesis, la triple condición es: a) previsión en la ley; b) finalidad legítima (ej. honor); c) necesarias en una sociedad

No obstante lo resuelto finalmente por el órgano supranacional, mi interés consiste en analizar si una condena penal o pecuniaria a un periodista por imputar a un personaje público una filiación con el nacionalsocialismo o, en nuestro medio, por ejemplo, el hecho de relacionarlo con procesos de interrupción del orden constitucional o genocidios, con evidente menoscabo al honor del político, puede sostenerse de cara al contenido actual de la libertad de expresión.<sup>5</sup>

2.

En el sistema interamericano un caso de esas características probablemente encontraría mayores obstáculos para que prospere la condena penal al periodista. De la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) e incluso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (CSJN) puede establecerse un estándar muy exigente en torno a las restricciones a la libertad de expresión por medio de la prensa. Si bien se entiende que la penalización de determinadas conductas prevista en el Código Penal que tienden a resguardar derechos igualmente valiosos (ej.: honor o intimidad) constituye un objetivo legítimo, también se admite que debe ser proporcional a la libertad de expresión restringida y que los castigos tienen una fuerza paralizadora y disuasiva que afecta innegablemente la formación de una opinión pública vigorosa.<sup>6</sup>

democrática, y es en este último recaudo en el que se debate toda la jurisprudencia (*cf.*, también, remisión al trabajo de la nota 1).

5. El trabajo apunta a investigar el contenido y la evolución de la libertad de expresión en la jurisprudencia vernácula y regional, y el modo en que fue adquiriendo un plafón robusto y cierta densidad a medida que se fue desarrollando, particularmente desde la década del 80 del siglo pasado, evitando la respuesta simplista y esquemática que consistiría en señalar que el ordenamiento jurídico actual (*conf. ley 26.551, B.O. 27/11/2009*) no penaliza al periodista (“expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas”, *cf. art. 109 CP*). Como se sabe, la modificación en el año 2009 a todo el título II del Libro Segundo del Código Penal fue una respuesta particularmente específica a la condena del año anterior producida en Costa Rica en el caso del periodista “Kimmel” contra nuestro país, que será examinado más abajo.

6. CSJN, caso “Canicoba Corral” (“Canicoba Corral, Rodolfo Aristides *c/* Acevedo, Sergio Eduardo y otros *s/* daños y perjuicios”), fallos 336:1148, del 14/8/2013, disidencia de los jueces Highton, Petracchi y Argibay, *consid. 14* y la cita de “Ramos”.

La Corte Nacional, desde sus primeros precedentes en esta materia, ha destacado el papel fundamental que cumple la prensa en una sociedad democrática, caracterizándola de una necesidad colectiva,<sup>7</sup> y si bien no constituye un derecho absoluto y tampoco puede admitirse una suerte de impunidad periodística,<sup>8</sup> lo cierto es que la importancia de una prensa sin restricciones indebidas contribuye al derecho de una comunidad a ser bien informada, que incluye el derecho del hombre a formar un pensamiento propio y actualizado sobre lo que ocurre en la sociedad en la que vive.<sup>9</sup>

Cabe señalar, como punto de partida, que la libertad de expresión ampara no solo las afirmaciones verdaderas, sino que se extiende particularmente a aquellas informaciones erróneas o incorrectas que se hallan al resguardo de la garantía analizada.<sup>10</sup> Las afirmaciones erróneas, dijo la Corte estadounidense, son inevitables en un debate libre, y este debe ser protegido si la libertad de expresión ha de tener el espacio que necesita para sobrevivir.<sup>11</sup> Esa protección de informaciones erróneas se funda en la necesidad de evitar la autocensura (*chilling effect*), porque, si hubiera que chequear exhaustivamente la veracidad de cada información antes de ser publicada como antídoto frente a futuras demandas de daños y perjuicios, los periodistas podrían verse disuadidos de expresar sus críticas por miedo a no poder probar la verdad de sus afirmaciones en los tribunales o por el gasto que insumiría hacerlo. Tenderían *ex ante* a que sus declaraciones se mantuvieran

7. CSJN, caso “Campillay” (“Julio César Campillay c/ La Razón y otros”), fallos 308:789, del 15/5/1986, consid. 4º y sus citas.

8. CSJN, caso “Costa” (“Héctor Rubén Costa c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otros”), fallos 310:508, del 12/3/1987, consid. 5º.

9. CSJN, “Campillay” [1986], fallos 308:789, disidencia del juez Caballero, consid. 4º.

10. Por ello “la tutela constitucional de la libertad de expresión no puede limitarse a las afirmaciones que –con posterioridad al hecho– son declaradas ‘verdaderas’ por un órgano jurisdiccional, sino que resulta imperativo determinar –ante la existencia de una noticia inexacta– el grado de diligencia desplegado por el informador en la tarea de determinar su veracidad”, conf. CSJN, caso “Pandolfi” (“Pandolfi, Oscar Raúl c/ Rajneri, Julio Raúl”), fallos 320:1271, del 1/7/1997, voto concurrente de los jueces Petracchi y Bossert, consid. 10.

11. “*New York Times vs. Sullivan*”, 373 U.S. 254, 271, cit. por la CSJN en el caso “Ramos” (“Ramos, Juan José c/ LR3 Radio Belgrano y otros”), fallos 319:3428, del 27/12/1996, consid. 10.

bien apartadas de la zona de lo ilícito, y la regla no tardaría en desalentar el vigor y la variedad del debate público.<sup>12</sup>

El valor de la libertad de expresión ha sido resaltado desde antiguo por nuestra Corte, diciendo que “entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que poseen mayor entidad, al extremo de que sin su resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada y puramente nominal”, pues ella “protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica”.<sup>13</sup>

3.

A la hora de analizar los potenciales daños a derechos personalísimos ocasionados por la difusión de informaciones, corresponde hacer dos distinciones fundamentales. La primera tiene que ver con el carácter o cualidad de la persona ofendida o presunta víctima. En este aspecto, es trascendental la consideración de si se trata de personas públicas (funcionarios públicos o asimilables) o de personas privadas. La segunda distinción que corresponde efectuar es la relativa al contenido de la noticia o información. A este respecto cabe diferenciar entre la difusión de hechos o acontecimientos y la propalación de opiniones, ya que estas últimas no son posibles de pasar por el filtro de la verdad o falsedad. El análisis de uno u otro caso remite a diferentes escrutinios judiciales, adoptados por la CorteIDH, por tribunales supremos de otros países y por algunos votos de nuestra CSJN.

4.

La diferencia entre un ciudadano común y un funcionario público o aquel particular que, sin serlo, se introduce en acontecimientos de notorio interés público<sup>14</sup> es tomada de la jurisprudencia norteamericana a partir del

12. CSJN, “Ramos” [1996], fallos 319:3428, consid. 10.

13. Fallos 248:291 y 311:2553, cit. en CSJN, “Pandolfi” [1997], fallos 320:1272, consid. 6.

14. La doctrina fue sentada para funcionarios públicos y posteriormente extendida para personas que, sin serlo, “estaban íntimamente involucrados en la resolución de importantes cuestiones públicas o, por razón de su fama, tenían gran influencia en áreas que preocupan, importan o interesan a toda la sociedad”, conf. Corte de EE. UU., caso “Gertz” [1974] y “Curtis Publishing Co. Vs Butts” [1967], cit. por CSJN, caso “Melo” (“Melo,

*leading case* “*New York Times vs. Sullivan*” (1964). Los personajes públicos, frente a ideas o informaciones difundidas por la prensa, tienen otorgada una “protección débil”, porque en la tensión entre el derecho al honor y a la libertad de expresión prima el derecho a un debate público fluido y desinhibido. No ocurre lo mismo con las personas particulares, cuya protección es fuerte y, en caso de noticias que afecten su honra, honor o privacidad, tienen a su disposición las herramientas que la ley civil (responsabilidad por daños) y penal (calumnias o injurias) les proveen.

En el caso de figuras públicas, para que proceda la demanda en contra de la empresa periodística o el periodista, el funcionario ofendido debe acreditar que la información fue efectuada a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación (*reckless disregard*) acerca de tal circunstancia; por el contrario, alcanza la negligencia precipitada o la simple culpa en la pro-palación de una noticia difamatoria respecto de un ciudadano particular o privado para que proceda la condigna responsabilidad.<sup>15</sup>

Este examen y diferencia de análisis en cada situación se conoce como el “test de la real malicia”. La razón de esta inversión de la carga de la prueba (el funcionario demandante afectado debe probar la temeridad del medio o periodista) y de la intensificación del factor de atribución (de simple culpa que rige el régimen general de responsabilidad en el Código Civil, a una culpa agravada lindante con el dolo)<sup>16</sup> se sustenta en dos razones. En primer término, porque las personalidades públicas tienen mayor acceso a los medios periodísticos para replicar las falsas imputaciones que los simples particulares. En segundo lugar, porque las personalidades públicas se han expuesto voluntariamente a un mayor riesgo de sufrir perjuicio por noticias

Leopoldo Felipe y otros c/ Majul, Luis Miguel s/ daños y perjuicios”), fallos 334:1722, del 13/12/2011, consid. 14.

15. CSJN, “Costa” [1987], fallos 310:508, consid. 11º.

16. CSJN, “Ramos” [1996], fallos 319:3428, disidencia del juez Vázquez, consid. 22 y 25. No basta la acreditación del carácter no veraz de la noticia, sino que, además, es “necesario –como requisito constitucional mínimo– determinar la disposición subjetiva con la cual el agente había actuado respecto de la información que luego se acreditó objetivamente no veraz (cf. sentencia dictada en la causa M.442.XXXI “Morales Solá, Joaquín Miguel s/ injurias –causa nº 9648–, del 12 de noviembre de 1996, disidencias parciales de los jueces Petracchi y Bossert)”, cf. CSJN, “Pandolfi” [1997], fallos 320:1272, voto concurrente de los jueces Petracchi y Bossert, consid. 7º.

difamatorias. En sustancia, ya sea por la tesis de la voluntariedad o del más fácil acceso a los medios públicos, la doctrina de la real malicia responde al valor constitucional prioritario según el cual debe resguardarse el más amplio debate respecto de cuestiones que involucran a este tipo de personas, como garantía esencial del sistema republicano democrático.<sup>17</sup> El punto de partida, dice la Corte, está en el valor absoluto que debe tener la noticia en sí, esto es, su relación directa con un interés público y su trascendencia para la vida social, política o institucional,<sup>18</sup> pues el retraimiento de la prensa en este ámbito causaría efectos más peligrosos que los excesos o abusos en la libertad de informar.<sup>19</sup>

5.

La segunda gran distinción, como se dijo más arriba, tiene que ver con el carácter de la información publicada, y si esta tiene que ver con hechos (erróneos o falsos) o con opiniones vertidas por los medios periodísticos que agravan los derechos de las personas.

La CSJN distinguió por primera vez con claridad estas dos variantes en el caso “Patitó”,<sup>20</sup> donde sostuvo –con cita del Tribunal Europeo de Derechos Humanos– que “se debe distinguir cuidadosamente entre hechos y juicios de valor. Mientras que la realidad de los primeros puede probarse, los segundos no son susceptibles de prueba”,<sup>21</sup> en consecuencia, en el último caso no tiene sentido exigir bajo ningún concepto la “prueba de la verdad” para eximir la responsabilidad, ya que no hay opiniones falsas. Un ordenamiento que exija tal extremo para eludir la responsabilidad (como el austriaco en el caso reseñado) protege débilmente la libertad de expresión,

17. CSJN, caso “Triacca” (“Alberto Jorge Triacca c/ Diario *La Razón* y otros”), fallos 316:2416, del 26/10/1993, consid. 12.

18. CSJN, caso “Vago” (“Jorge Antonio Vago c/ Ediciones La Urraca S.A. y otros”), fallos 314:1517, del 19/11/1991, consid. 11.

19. CSJN, “Costa” [1987], fallos 310:508, consid. 13º.

20. CSJN, caso “Patitó” (“Patitó, José Ángel y otro c/ Diario *La Nación* y otros”), fallos 331:1530, del 24/6/2008.

21. TEDH, caso “Lingens vs. Austria”, del 8/7/1986, cit. por CSJN en “Patitó” [2008], fallos 331:1530, consid. 7º y en “Canicoba Corral” [2013], fallos 336:1148, disidencia de los jueces Highton, Petracchi y Argibay, consid. 8º.

puesto que el autor de la opinión jamás podría probar la veracidad de sus afirmaciones.<sup>22</sup>

En tal caso, el estándar para aplicar no puede ser el “test de la real malicia”, sino que habrá de observarse el carácter de los vocablos utilizados y si son especialmente injuriantes, insultantes y descontextualizados, desconectados del contenido de la nota, con el único ánimo de ofender.

La posición, con todo, no es absolutamente clara en el seno de la Corte, pues la distinción tajante entre hechos y opiniones es de indudable recibo (vg. “Patitó”, fallos 331:1530; “Canicoba Corral”, fallos 336:1148), aunque la utilización de dos estándares diferentes para analizar cada caso se hizo con votos minoritarios o concurrentes, y aún no se ha solidificado una posición institucional al respecto.

En el primer caso citado, la mayoría de la Corte admitió la distinción hechos/opiniones, pero entendió que “el señalamiento sobre la importancia de ‘distinguir hechos y juicios de valor’ fue utilizado por el Tribunal Europeo para *ampliar* la protección de la libertad de expresión más allá de las afirmaciones de hecho y alcanzar con ella a las opiniones o evaluaciones. De todos modos, no es la prueba de la verdad el tipo de protección que este tribunal ha reconocido a la libertad de expresión al adoptar el test conocido como de la ‘real malicia’, tomándolo del precedente *New York Times vs. Sullivan*” (énfasis original), cf. “Patitó”, consid. 7º.

Esto significa, según mi criterio, que si la distinción hechos/opiniones fue hecha en ordenamientos jurídicos donde se exige la *prueba de la verdad* para eximir de responsabilidad en el caso de opiniones, aquí no habría que ingresar en ese problema, porque no se requiere tal prueba de verdad (en ningún caso), sino el conocimiento de la falsedad o el desconocimiento inexcusable y temerario.

No obstante, varios votos que no llegaron a conformar mayorías propusieron un estándar distinto. Así, la jueza Highton en “Patitó” utilizó el criterio del Interés Público Imperativo (el funcionario aludido debe soportar la opinión ofensiva, salvo que un IPI pueda justificar la sanción en el caso concreto, v. consid. 7º y 13); Petracchi en la misma causa concurre postulando el criterio de la *forma* de expresión y no el *contenido* (que es absolutamente libre), y la forma debe ser estricta e indudablemente injuriantes y sin relación

22. CSJN, “Patitó” [2008], fallos 331:1530, consid. 7º.

con las ideas expuestas, un insulto, vejación gratuita o injustificada (v. consid. 5º y su cita); Maqueda, en el mismo caso, también parece inclinarse por esta última posición (carácter difamatorio de los términos, v. consid. 16).

En el precedente “Canicoba Corral”, 5 años después, Highton, Petracchi y Argibay coinciden en el criterio de la “forma vejatoria” (v. “Canicoba Corral”, fallos 336:1148, disidencia, consid. 12).

Lo que queda claro es que un hecho falso está cubierto por la garantía de la libertad de expresión, que en tal caso el ofendido debe probar el conocimiento previo de la falsedad del propalador o la notoria despreocupación acerca de su veracidad (test de la real malicia), que las opiniones no son susceptibles de ser contrastadas con la veracidad, por lo tanto, no puede exigírseles la “prueba de la verdad” que establecen los ordenamientos (en general penales) para excusarse de las calumnias e injurias. En tal caso el estándar o se satisface con el criterio de la real malicia (por más que se aplique a hechos, es más protectorio, y si justifica los hechos falsos, más aún los juicios de valor sobre temas de interés público), o en su defecto deberá analizarse con el estándar de las “formas vejatorias” (aquellas que no indagan sobre el contenido de la opinión, que es siempre libre, sino sobre la forma insultante, soez, injustificablemente desconectada con la idea que se expresa, dirigida a minar expresamente el honor del funcionario o persona pública).

6.

Por su parte, la Corte IDH a lo largo de su jurisprudencia estableció un estándar de protección igualmente amplio para las informaciones que ponen en juego temas de indudable interés público.

a. En efecto, ya desde sus primeros precedentes en el tema estableció claramente que “La libertad de expresión, como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada”,<sup>23</sup> agregando el carácter dual de este derecho: “la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber: ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado

23. Corte IDH, caso “La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile”, C-73, sent. del 5/2/2001, párr. 68.

o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”.<sup>24</sup>

b. Si bien en el ámbito interamericano no se ha adoptado, por lo menos expresamente y con ese nombre, la teoría o el test de la real malicia, algunos de sus rasgos son incorporados, como, por ejemplo, la “protección débil” del funcionario o la caracterización de asuntos de indudable interés público para restringir en alguna medida la protección a la honra y la dignidad.<sup>25</sup>

La Corte IDH, entonces, parte de una amplia concepción de la libertad de expresión, y toda restricción a ella debe superar el examen de la “*estricta necesidad en una sociedad democrática*”. El estándar tripartito, que emerge en buena parte del art. 13 de la CADH, lo define de la siguiente manera: “En lo concerniente, el artículo 13.2 de la Convención Americana establece que las responsabilidades ulteriores por el ejercicio de la libertad de expresión, deben cumplir con los siguientes requisitos de forma concurrente: (i) estar previamente fijadas por ley, en sentido formal y material; (ii) responder a un objetivo permitido por la Convención Americana (“el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”), y (iii) ser necesaria en una

24. Corte IDH, caso “La Última Tentación de Cristo” [2001], párr. 64; íd. caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”, C-111, sent. del 31/8/2004, párr. 77.

25. Cabe recordar que el art. 12 de la CADH establece: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”. El art. 13 por su parte, en una conocida redacción, dispone, entre otras cosas, que “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideraciones 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 moral públicas...”.

sociedad democrática (para lo cual deben cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad)".<sup>26</sup>

De manera similar al test de la real malicia, se otorga verdadera importancia al hecho de que el ofendido sea un funcionario público,<sup>27</sup> o que el sujeto se haya involucrado en un asunto de prioritario o notorio interés público,<sup>28</sup> pues de esta forma se propicia un amplio y robusto debate público. Las razones por las cuales un funcionario público –que no se asientan en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza– debe tolerar ciertas informaciones inexactas o expresiones de la prensa sin indemnización o reduciendo el espacio de su honra o vida privada se explican, aquí también, en la tesis del “voluntario sometimiento”. En una sociedad democrática están más expuestos a la crítica y escrutinio del pueblo, y el diferente umbral de protección se justifica en que sus actividades salen voluntariamente del dominio de la esfera privada para insertarse en el debate público, exponiéndose a un mayor riesgo de sufrir críticas.<sup>29</sup>

También cabe computar la posibilidad, asociada a su condición, de tener una mayor influencia social y facilidad de acceso a los medios de comunicación para dar explicaciones o responder sobre hechos que los involucren.<sup>30</sup> Es decir, al igual que la jurisprudencia argentina, tomada a su vez de la norteamericana, y la teoría de la real malicia, el funcionario o persona pública ve reducido su ámbito del derecho al honor por el voluntario sometimiento a un escrutinio popular más intenso, propio de la elección de su profesión, y por la presuposición de que su rol y contactos le permite repeler informaciones falsas u ofensivas con mucha mayor facilidad que un ciudadano particular.

c. Por último, el Tribunal americano –sobre todo en su jurisprudencia más reciente– también ha distinguido entre hechos o datos inexactos y

26. Corte IDH, caso “Mémoli vs. Argentina”, C-265, sent. del 22/8/2013, pág. 130.

27. Corte IDH, caso “Tristán Donoso vs. Panamá”, C-193, sent. del 27/1/2009, pág. 115.

28. Corte IDH, caso “Kimel vs. Argentina”, C-177, sent. del 2/5/2008, pág. 89; id. caso “Ricardo Canese” [2004], pág. 92.

29. Corte IDH, caso “Kimel vs. Argentina” [2008], pág. 86; caso “Ricardo Canese” [2004], pág. 103.

30. Corte IDH, caso “Tristán Donoso” [2009], pág. 122.

opiniones. Sin embargo, algunos votos de la CSJN utilizan esa distinción para establecer un estándar diferente de análisis (real malicia vs. forma vejatoria, *supra*, §.4); lo cierto es que la Corte IDH, al igual que la mayoría de la CSJN, describen la diferenciación, pero no le otorgan un tratamiento jurídico variado.

La CSJN, dijimos, reconoce que, si conforme el test de la real malicia un dato inexacto es protegido por la libertad de expresión, más aún lo sería una opinión, y cita el caso “Lingens” donde el TEDH amplió la protección a opiniones, puesto que el ordenamiento austríaco exigía la prueba de la verdad para eximirse de las calumnias o injurias. Y la Corte IDH reconoce que hay una disimilitud observable entre hechos y opiniones, pero ambos los somete al test tripartito del art. 13 de la CADH, esto es, (i) legalidad, (ii) fin legítimo y (iii) necesidad en una sociedad democrática, lo que incluye idoneidad, necesidad y proporcionalidad, y ausencia de alternativas menos restrictivas del derecho a la libertad de expresión.

En efecto, ha dicho que “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 solo respecto a hechos. De allí que no puede ser sometida a requisitos de veracidad la prueba respecto de juicios de valor”.<sup>31</sup> Hay una gran diferencia entre una opinión y una afirmación de hechos. Por ello “mientras que las opiniones no son susceptibles de ser verdaderas o falsas, las expresiones sobre hechos sí lo son”.<sup>32</sup>

d. En cualquier caso, sin perjuicio de aplicar el estándar general frente a las restricciones a la libertad de expresión para hechos y opiniones (legalidad, fin legítimo, necesidad), debe tenerse presente que “En la arena del

31. Corte IDH, caso “Kimel” [2008], pár. 93.

32. Corte IDH, caso “Tristán Donoso” [2009], pár. 124. Al reprochar un aspecto de la opinión mayoritaria de la Corte, el voto disidente en el caso “Mémoli” [2013] sostiene que “las expresiones consideradas injuriosas por la justicia del Estado, lo fueron sin distinguir si se trataba de afirmaciones de hecho, susceptibles, por lo tanto, de verificar su veracidad o falsedad, o bien de meras opiniones, las que, por el contrario, no pueden ser objeto de esa comprobación”, *cf.* voto conjunto parcialmente disidente de los jueces Ventura Róles, Vío Grossi y Ferrer Mac-Gregor Poisot, pár. I.c.2. (p. 97).

debate sobre temas de alto interés público, no solo se protege 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>33</sup>

Esto se ve intensificado cuando el interés público del que se trata ocurre en procesos electorales o con candidatos a cargos electivos y versiones expresadas en el calor de ese debate. En este caso, la protección a la libertad de expresión (y su contracara, la restricción a través de la penalización en resguardo del derecho al honor) alcanza su máxima expresión, porque entran en juego muy claramente las dos facetas de la libertad de expresión, la individual y fundamentalmente la colectiva, en particular el derecho de la ciudadanía a informarse, a conocer las posturas de los candidatos, a formarse un estado de conciencia a partir de la mayor cantidad de datos y opiniones existentes en la palestra pública, a gozar de un debate público robusto, indiscriminado y desinhibido.

En esa línea de pensamiento, ha dicho la Corte IDH que lo anterior no significa “de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático. Asimismo, la protección de la reputación de particulares que se encuentran inmiscuidos en actividades de interés público también se deberá realizar de conformidad con los principios del pluralismo democrático”.<sup>34</sup>

7.

Por lo tanto, teniendo en cuenta la evolución tanto de la Corte Suprema Nacional como de la Corte IDH, podemos concluir que una condena por querellas e injurias a tenor del art. 111 del Código Penal austríaco no

33. Corte IDH, caso “La Última Tentación de Cristo” [2001], pár. 69, por remisión a los precedentes del TEDH; caso “Kimel” [2008], pár. 88; caso “Ricardo Canese” [2004], pár. 83.

34. Corte IDH, caso “Ricardo Canese” [2004], pár. 92, 94 y 100.

resistiría ni superaría su confronte con sistema convencional, por traducir una restricción injustificada y desproporcionada a la libertad de expresión en una sociedad democrática. Ello fundamentalmente porque tal condena y restricción opaca y desinhibe el debate público con protecciones desmedidas al derecho al honor que desvirtúan la opinión pública vigorosa, máxime si los sucesos pueden tener vinculación e impacto en las alianzas políticas que establecen los partidos y en sus integrantes para la conformación de coaliciones de gobierno en la puja electoral.

En primer lugar, es suficientemente claro que si se trata de sujetos que constituyen figuras y funcionarios públicos, la protección es débil, según quedó confirmado más arriba. Y el carácter de público no es canónico, sino que responderá a cada situación puntual y a su grado de semejanza con una figura de ese carácter como para incluirlo en esa categoría.<sup>35</sup>

En tal carácter, en el ámbito interamericano, es de aplicación la teoría de la “real malicia”. En su virtud, el funcionario público afectado en sus derechos individuales por comentarios lesivos debería acreditar que las informaciones falsas lo fueron “con conocimiento de que eran falsas o con imprudente y notoria despreocupación sobre si eran o no falsas”. Por ello, la carga de la prueba no puede ponerse en cabeza del periodista autor de la nota, en los términos que prescribe el art. 111 del Código Penal austríaco.

35. Recuérdese que se ha considerado figura pública a un empresario, candidato presidencial y director de una Empresa Hidroeléctrica (Juan Carlos Wasmosy, Corte IDH, caso “Ricardo Canese” [2004], párr. 69.2); a funcionarios públicos en funciones (juez, Corte IDH, caso “Kimel” [2008], párr. 42 y 89; Procurador Fiscal –José Alberto Sossa– Corte IDH, caso “Tristán Donoso” [2009], párr. 70 y 95, nota a pie); a un dirigente sindical con un perfil público en diferentes áreas (CSJN, caso “Triacca” [1993], consids. 6º y 12); a un director de un semanario y periodista con intervención en numerosas controversias de interés público (CSJN, caso “Vago” [1991], consid. 3º, 4º y voto concurrente de los jueces Petracchi y Moliné O’Connor, consid. 4º); a un diputado provincial y presidente de un relevante partido político (CSJN, caso “Pandolfi” [1997], consid. 10 *in fine*); a un periodista y fundador de un medio masivo de comunicación (CSJN, caso “Melo” [2011], consid. 14 y 16). Incluso se ha llegado a problematizar si un conflicto entre particulares, miembros de una Asociación Mutual de una pequeña ciudad (San Andrés de Giles), podía considerarse de interés público y a las personas involucradas del mismo carácter (Corte IDH, caso “Mémoli” [2013], por la negativa, decisión de la Corte, párr. 146; concurrencia del juez García-Sayán, párr. 20; por la positiva, disidencia de los jueces Ventura Robles, Vio Grossi y Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. I.d.3).

Eso produciría una merma indisimulable a la libertad de expresión, porque se le otorgaría una protección fortísima (diríamos desorbitada) al derecho al honor del personaje público, con desmedro de un debate profundo y sin condicionamientos, de indudable interés público (por ejemplo, las afinidades, los anclajes, las simpatías y los antecedentes de diversos integrantes de las fuerzas políticas del país y su posible sistema de alianzas), en perjuicio, principalmente, del derecho de la sociedad. El principal efecto de esta restricción es un menoscabo colectivo de elaborar una voluntad popular informada y crítica, de aprovechar el servicio republicano que propicia conocer los hechos de interés general y contar con una prensa vigorosa que actúe como medio de contralor de las instituciones y sus hombres, y, de esta forma, rendir un servicio inestimable para el afianzamiento y la salud del sistema y las instituciones republicanas.<sup>36</sup>

La inversión de la carga de la prueba para condenar al periodista no supera bajo ningún concepto el test de la real malicia y viola la posibilidad de exculpación de los periodistas acusados criminalmente o procesados civilmente por daños y perjuicios causados por informaciones falsas u ofensivas. En esos términos, se revela como violatoria de la libertad de expresión (arts. 14 y 32 de la CN), al exigirse como único modo de exculpación la producción de la *exceptio veritatis* (esto es, la prueba de la verdad de sus dichos), incompatible con la libertad de expresión respecto de figuras públicas.<sup>37</sup>

Un segundo bloque de agravios relativos a la libertad de expresión se configura con la circunstancia de que la *exceptio veritatis* requerida para la exculpación de los periodistas es de imposible realización, cuando la información que origina la causa penal no son hechos (ni verdaderos ni falsos) sino una interpretación elaborada a partir de un análisis político realizado por periodistas, por más ofensivos que pueda considerarlo el personaje público (ej. alguna vinculación con ideologías de extrema derecha). Es decir, cuando no hay ninguna imputación o afirmación concreta de un hecho puntual (protegidas de todos modos en su falsedad por la doctrina de la real malicia) sino meras opiniones políticas.

En este sentido, cobra vigor la distinción entre hechos y opiniones realizada por la jurisprudencia, porque no se puede probar la veracidad de

36. CSJN, caso “Vago” [1993], consid. 8 y 11.

37. CSJN, caso “Pandolfi” [1997], consid. 12.

una opinión. Si la prueba de la verdad no puede exigirse a hechos falsos (test de la real malicia) menos aún podrá serlo en materia de opiniones. Dicha prueba, por lo tanto, es frontalmente violatoria de la libertad de expresión.<sup>38</sup> En materia de opiniones, por el contrario, rige el principio que establece la protección de debates ardorosos, críticas penetrantes, reprobaciones intrépidas, porque ellas son el principal instrumento para fortalecer una concepción plausible de la democracia deliberativa, que es el principal reaseguro contra las decisiones arbitrarias y poco transparentes de los intereses públicos.<sup>39</sup>

Las referencias usuales en la jurisprudencia europea relativas a figuras características del terror pardo, al nacionalismo germánico y la afinidad de determinado signo político con visiones nostálgicas de un pasado oprobioso, incluso cierta inclinación al racismo, puede considerarse dolorosa, incluso ofensiva para quien se sienta aludido. Sin embargo, debe recordarse que no solo las opiniones inocentes o inofensivas están al cubierto de la garantía de la libertad de expresión, sino especialmente aquellas lacerantes, irritantes, que chocan o inquietan a los funcionarios públicos. Las expresiones dolorosas deben ser soportadas en aras de una convivencia pacífica que no elimine ninguno de los derechos en tensión.<sup>40</sup>

Si el caso se resolviera en la órbita nacional y se aplicara a la opinión sobre la cierta filiación nostálgica nazi o la apreciación sobre ciertas tendencias nacionalsocialistas en la arena política, debería respetarse el test de la real malicia a opiniones [frente a hechos, el ofendido tiene que probar el conocimiento doloso de la falsedad o notoria despreocupación], es decir, que resulta ilegítima toda exigencia de la prueba de la verdad o *exceptio veritatis*.<sup>41</sup>

En su defecto, frente a opiniones, corresponderá aplicar el test de las *formas vejatorias* y analizar si la frase u opinión ha sido claramente denigrante y fuera de lugar, insultante, una vejación gratuita e injustificada, sin

38. CSJN, caso “Patitó” [2008], consid. 7.

39. CSJN, caso “Patitó” [2008], consid. 11.

40. Corte IDH, caso “Kimel” [2008], pár. 88, y citas de “La Última Tentación de Cristo” [2001], pár. 69 y “Ricardo Canese” [2004], pár. 83.

41. CSJN, caso “Pandolfi” [1997], consid. 12; CSJN, caso “Patitó” [2008], consid. 7º *in fine*.

ninguna necesidad ni relación con el texto que la contiene ni con el tema de interés público discutido.<sup>42</sup>

Finalmente, y en un tercer orden de razones, hay que señalar que, en un caso de condena penal por calumnias e injurias promovidas por un político de primera línea en el contexto de una puja electoral de trascendente interés público, se ha considerado justamente que tal medida punitiva excede el test convencional porque restringe indebida y excesivamente la libertad de expresión.<sup>43</sup>

En particular, se sostuvo que la medida de penalización, si bien cumplía con los dos primeros recaudos del test tripartito convencional (legalidad, por estar prevista en el Código Penal) y fin legítimo (proteger el honor y dignidad de las personas), no se verificaba la estricta e impostergable necesidad del castigo, y su concreción no guardaba proporcionalidad con el detrimento del derecho a la libertad de expresión. En este sentido, se dijo que corresponde determinar si “la aplicación de responsabilidades penales ulteriores respecto del supuesto ejercicio abusivo del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión a través de declaraciones relativas a asuntos de interés público puede considerarse que cumple con el requisito de necesidad en una sociedad democrática. Al respecto, es preciso recordar que el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita”. En dicha línea de pensamiento, el Tribunal americano entiende imprescindible tomar en consideración el contexto, por ejemplo, si se trata “de una campaña electoral (...) y respecto de asuntos de interés público, circunstancia en la cual las opiniones y críticas se emiten de una manera más abierta, intensa y dinámica acorde con los principios del pluralismo democrático”. Por ello es necesario balancear “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”.<sup>44</sup>

La sanción, en estos casos, deviene innecesaria y excesiva por las opiniones emitidas por un periodista en el marco de asuntos electorales

42. CSJN, caso “Canicoba Corral” [2013], disidencia de los jueces Highton, Petracchi y Argibay, consid. 12; CSJN, caso “Patitó” [2008], concurrencia del juez Petracchi, consid. 5.

43. Corte IDH, caso “Ricardo Canese” [2004].

44. Corte IDH, caso “Ricardo Canese” [2004], pár. 104 y 105.

de prioritario interés público, y no existe un interés social imperativo que justifique la sanción penal.<sup>45</sup> En definitiva, no se cumple con el triple estándar del art. 13 CADH para responsabilidades ulteriores, consistente en la legalidad, fin legítimo y necesidad en una sociedad democrática (idónea, necesaria y proporcional), que se deben reunir de manera concurrente y no alternativa.<sup>46</sup> Tanto la sanción penal –como la inscripción en el registro de antecedentes penales–, el riesgo siempre latente de la posible pérdida de la libertad personal y el efecto estigmatizador de toda condena penal demuestran que, en materia de opiniones periodísticas, las responsabilidades ulteriores consistentes en la aplicación del Código Penal resultan en un grado de afectación a la libertad de expresión desproporcionado,<sup>47</sup> y también afectan el tercer recaudo convencional.

## **II. La autonomía personal. Transfusiones y perfeccionismo del Estado**

### **1.**

Otra pata de una democracia robusta, como se dijo al inicio, según una concepción valorativa que la justifique en tanto práctica dialógica colectiva que, además de generar estabilidad en las instituciones, promueva y defienda ciertos derechos individuales como límites al poder mayoritario, está constituida por una concepción liberal de los derechos, cuya cúspide ocupa el principio de autonomía de la persona.<sup>48</sup> Este principio debe leerse complementado necesariamente con otros principios conexos porque, de otro modo, una mera maximización de la autonomía puede resultar contraintuitiva o violatoria de los postulados del liberalismo democrático. Si la idea de la autonomía personal es útil para distinguir entre principios morales *intersubjetivos* (regulables por el Estado en pos de la preservación de la

45. Corte IDH, caso “Ricardo Canese” [2004], pár. 106; CSJN, caso “Patitó” [2008], concurrencia de la jueza Highton, consid. 7º.

46. Corte IDH, caso “Mémoli” [2013], pár. 130.

47. Corte IDH, caso “Kimel” [2008], pár. 85.

48. Nino, Carlos S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Buenos Aires, Gedisa, 2003, pp. 22, 23, 75 y ss.

autonomía de otros) y los ideales *autorreferentes* de excelencia o virtud personal, que por definición no pueden afectar a otras personas (coto vedado a la intromisión estatal), aun así es necesario sumar un nivel más de análisis, porque esa sola caracterización no resuelve el problema de que la autonomía continúa siendo un valor agregativo. En este aspecto, su consideración aislada habilitaría ciertas soluciones no plausibles, como podría ser, hipotéticamente, una situación de esclavitud que produzca mayor autonomía en otro grupo o sector social o en la mayor parte de la sociedad.

Por ello debe combinarse –necesariamente– y complementarse con la idea de inviolabilidad de la persona, que postula una separabilidad y una independencia de los individuos como fines en sí mismos y consecuentemente invalida la disminución de la autonomía individual justificada únicamente en el incremento de la de otros individuos. Si el primer principio condena imposiciones perfeccionistas de virtud personal por alguien externo al propio sujeto, este último inhabilita posiciones holistas o colectivistas.

Sin embargo, si bien estos dos principios restringen la imposición de ideales de excelencia y la posibilidad de que se sacrifique la autonomía de un individuo para aumentar la de otros, aplicados estrictamente también impedirían disminuir la autonomía contra actos del propio agente. En tal supuesto, se produciría la paradoja consistente en que el Estado, quien no puede imponer su ideal de virtud personal, debería controlar o supervisar constantemente y con minuciosidad la actividad de los individuos para restringirles decisiones propias que puedan dañarlos. El principio de dignidad de la persona concurre en auxilio ahuyentando esta última hipótesis.

La interrelación de estos tres principios (autonomía, inviolabilidad y dignidad) constituyen la base de la cual se derivan los derechos individuales en una concepción defendible de la democracia constitucional.<sup>49</sup>

2.

Con este esquema vigoroso de autonomía personal, integrado por la autonomía, inviolabilidad y dignidad (AID), es que deseo problematizar si una hipótesis de rechazo voluntario de una intervención médica (p. ej., transfusión sanguínea), no obligada pero acorde con principios religiosos

49. Nino, Carlos, *La constitución de la democracia deliberativa*, cit., pp. 75-82.

del individuo, puede justificar una condena o reproche estatal, vía, por ejemplo, la figura del abandono de persona,<sup>50</sup> a un familiar que prohíba la práctica y haga respetar la voluntad expresa de su pareja, suponiendo esta libre y voluntaria.

### 3.

La principal objeción que puede encontrarse frente a la condena penal es que por su intermedio se lesiona poderosamente el derecho constitucional a la privacidad y a la autonomía personal sobre el propio cuerpo, elemento indispensable de la dignidad del ser humano. En efecto, el tipo penal indicado, previsto en el título de los delitos contra las personas, supone para el familiar “poner en peligro”<sup>51</sup> la vida de otro individuo (por ej., su esposa), quien sin embargo rechaza voluntariamente –y sin riesgos para terceros ajenos a sí misma– la intervención médica consistente en una transfusión sanguínea.

Entiendo que hay por lo menos cuatro derechos o garantías involucrados que con una condena penal pueden ser puestos en crisis, a partir de una exorbitancia en la aplicación de la ley penal que no consulta los derechos de la persona que el tipo legal supuestamente viene a tutelar, es decir, se utilizaría la sanción criminal en contra y hasta en oposición al bien jurídico que protege, esto es, la vida, la salud y la dignidad de la persona pretendidamente abandonada.

50. Debe recordarse que la figura del “abandono de persona”, a diferencia de la de la “omisión de auxilio”, además de tratarse de un tipo comisivo está destinado a personas con un vínculo o deber de cuidado previo, a diferencia de la omisión que está basada en un deber de solidaridad y puede involucrar en principio a cualquier ciudadano: cf. Terragni; Marco A., “Abandono de personas y omisión de auxilio”, en *Código Penal Argentino comentado de acceso libre*, Vitale, Gabriel (dir.), Garberi, Patricia-Ávila, Fernando (coord.), [en línea], en [www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado](http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado).

51. El Código Penal argentino establece: Art. 106: “El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de 2 a 6 años. La pena será de reclusión o prisión de 3 a 10 años, si a consecuencia del abandono resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima. Si ocurriere la muerte, la pena será de 5 a 15 años de reclusión o prisión”.

Una condena en esos términos avasallaría: (i) la libertad religiosa y de conciencia; (ii) una idea robusta de autonomía personal; (iii) la garantía de la libre autodeterminación; y (iv) una concepción plausible de la privacidad. Todos estos inconvenientes se producirían de la mano de una transgresión del principio de reserva penal como complemento del de legalidad en ese ámbito, y en oposición al principio rector que debe regir toda colisión de derechos, como es el de la dignidad del ser humano.

a. En primer lugar, no se puede ignorar que la ley de ejercicio de la medicina (nº 17.132) establece que se debe respetar la voluntad negativa del paciente a tratarse o a internarse, y que esta es una decisión privada e individualísima de la persona que no puede ser sujeta a mediaciones médicas, y cualquier persona ajena (médicos, autoridades sanitarias o el propio Estado) se encuentra vedada de ingresar en tales motivaciones porque integran el coto vedado de autonomía personal que protege el art. 19 de la CN. Vale recordar, porque será mencionado varias veces en este análisis, que dicha cláusula establece que las acciones privadas de las personas que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están reservadas solo a ellas y exentas de la autoridad estatal.<sup>52</sup>

Desde esta perspectiva, en primer término, el ordenamiento jurídico nacional desde hace mucho tiempo (1967) obliga a los profesionales de la salud a “respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse...”,<sup>53</sup> lo que parece incluir, por supuesto, la negativa a consentir una transfusión sanguínea.<sup>54</sup> Castigar entonces penalmente a un familiar

52. CN: Artículo 19.- “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

53. Cf. art. 19, inc. 3 de la ley 17.132. Fue el argumento utilizado por el voto de los jueces Barra y Fayt en el caso “Bahamondez” (“Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar”), fallos 316:479, del 6/4/1993, consid. 11.

54. Actualmente el ordenamiento es todavía más explícito. La ley 26.529 de Derechos del Paciente [2009], con su modificación por ley 26.742 de Muerte Digna [2012], en su art. 2, inc. e, otorga al paciente el derecho a “aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad”. Ver, asimismo, CSJN, caso

cercano por infracción a la norma del art. 106 CP, cuando la consecuencia disvaliosa resulta del ejercicio de un derecho propio del desamparado o abandonado, no parece adecuado. Los alcances mayores de este derecho a la autonomía serán profundizados más abajo.

b. Una sanción por incumplimiento de un deber que no tenga en cuenta el contexto y la voluntad del paciente de rechazar la transfusión, motivada en razones religiosas, supone una restricción de la libertad religiosa y de conciencia incompatible con el sistema constitucional.

La libertad de profesar libremente el culto sin interferencias injustificadas, reconocida en el art. 14 de la CN, debe considerarse como un elemento particularmente valioso alcanzado merced a esfuerzos y tribulaciones. Se ha dicho que “para el hombre religioso la religión es el elemento fundamental de la concepción del mundo y, en mayor o menor grado, impregna todos los actos de su vida individual y social”.<sup>55</sup>

En esta línea, la Corte ha otorgado raigambre constitucional al derecho a la libertad religiosa y su género, la libertad de conciencia. Desde antiguo estableció que tal libertad consiste en no ser obligado a un acto prohibido por la propia conciencia, ya sea que la prohibición obedezca a creencias religiosas o a convicciones morales.<sup>56</sup> La libertad religiosa “es un derecho natural e inviolable de la persona humana, en virtud de la cual en materia de religión nadie puede ser obligado a obrar contra su conciencia ni impedido de actuar conforme a ella, tanto en privado como en público, solo o asociado con otros, dentro de los límites debidos. Que dicho derecho significa, en su faz negativa, la existencia de una esfera de inmunidad de coacción, tanto por parte de las personas particulares y los grupos, como de la autoridad pública”.<sup>57</sup>

“Albarracini Nieves” (“Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias”), fallos 335:799, del 1/6/2012, consid. 15.

55. CSJN, caso “Portillo” (“Portillo, Alberto s/ inf. art. 44 ley 17.531”), fallos 312:496, del 18/4/1989, consid. 8º.

56. Fallos 214:139, cit. en “Bahamondez” [1993], disidencia de los jueces Cavagna Martínez y Boggiano, consid. 8º.

57. CSJN, “Bahamondez” [1993], disidencia de los jueces Cavagna Martínez y Boggiano, consid. 9º y 10.

La libertad religiosa y de conciencia autoriza, en consecuencia, la objeción respecto de determinadas conductas que afecten principios esenciales del sistema de creencias del objetor, y que no perjudiquen gravemente derechos de terceros ni un interés estatal prevalente suficientemente concretizado.

La Corte ha recordado la clásica jurisprudencia del sistema europeo que declaró como un principio básico, derivado de la libertad de conciencia y religión, la potestad de exceptuarse del cumplimiento de ciertas exigencias de orden general (p. ej. el cumplimiento del servicio armado) “por razones de conciencia o profunda convicción derivadas de motivos religiosos, éticos, morales, humanitarios, filosóficos o similares, [que] deben gozar del derecho personal de ser relevados de la obligación de cumplir dicho servicio. Este derecho deberá ser considerado como una consecuencia lógica del derecho fundamental de los individuos en un Estado democrático, garantizado en el art. 9º de la Convención Europea sobre Derechos Humanos”.<sup>58</sup>

Los recaudos para que la objeción de conciencia sea admisible son la sinceridad y la demostración de que la obligación o conducta exigida produce un serio conflicto con las creencias religiosas o éticas del individuo, y siempre que dicho incumplimiento no afecte significativamente los derechos de terceros ni otros aspectos del bien común.<sup>59</sup>

Por último, cabe señalar que no importa que la decisión individual de abstenerse de una práctica sea minoritaria, irracional, impopular o alejada de los cánones mayoritarios sociales. Justamente, imponer la voluntad mayoritaria en estos ámbitos conduce a violentar la conciencia de las minorías, y produce una sociedad intolerante con perjuicio para el saludable pluralismo

58. Consejo Europeo, resolution 337 (1967) of Consultative Assembly of the Council of Europe Eighteenth Ordinary Session, ap. A, arts. 1º y 2º, cit. por CSJN en “Portillo” [1989], consid. 12, en p. 513. La jurisprudencia europea actual parece seguir la misma línea, ya que invalidó la condena nacional impuesta por Armenia por la objeción de servicio militar fundada en razones religiosas, ya que no establecía una alternativa de servicio civil válido: conf. TEDH, caso “Bayatyan v. Armenia”, del 7/7/2011. La objeción no se fundaba en “*beneficios personales o conveniencia sino en una seria convicción religiosa*” (pár. 124). En esa línea, señaló el Tribunal Europeo que la sanción era desproporcionada, carecía de alternativas viables y efectivas, y la pena no era una medida necesaria en una sociedad democrática, en definitiva, no se efectuó un equilibrio adecuado entre los intereses de la sociedad en su conjunto y los derechos y libertades del objetor de conciencia.

59. CSJN, “Portillo” [1989], consid. 13; CSJN, “Bahamondez” [1993], voto de los jueces Cavagna Martínez y Boggiano, consid. 12.

en un estado democrático. En su virtud, no dependen del resultado de las mayorías políticas ni de los agentes gubernamentales.<sup>60</sup>

c. Además, la condena penal frente al rechazo de la transfusión de sangre va en contra de una concepción sólida de la autonomía personal protegida por el referido art. 19 de la CN que establece un ámbito libre de interferencias externas, sujeto al señorío del individuo.<sup>61</sup> La autonomía individual, con reconocimiento expreso en los arts. 14 y 19 de la CN, otorga al individuo “un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros”.<sup>62</sup> El ámbito de arbitrio soberano –ha dicho la misma Corte– no se limita a los aspectos privados y sin relevancia en el mundo externo, sino que tiene un contorno muy amplio y su interpretación no puede ser restrictiva. En efecto, está constituido por “sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, los hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo (...) En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo la esfera doméstica (...) sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse (...) siempre que no medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen”.<sup>63</sup>

Esta autonomía personal protegida por el art. 19 CN permite decisiones libres de interferencias externas, y es vinculante para los médicos

60. CSJN, “Bahamondez” [1993], voto de los jueces Cavagna Martínez y Boggiano, consid. 18; asimismo, Corte Suprema de Estados Unidos, caso “Barnette” (“West Virginia State Board of Education v. Barnette”), 319 US 624, del 14/6/1943, traducido en Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, CEPC, 2005, §.15, ps. 261/75, en p. 270.

61. CSJN, “Albarracini Nieves” [2012], voto del juez Fayt.

62. CSJN, “Bahamondez” [1993], disidencia de los jueces Belluscio y Petracchi, consid. 8º.

63. CSJN, caso “Ponzetti de Balbín” (“Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A. s/ daños y perjuicios”), fallos 306:1892, del 11/12/1984, cit. por CSJN en “Bahamondez” [1993], voto de los jueces Belluscio y Petracchi, consid. 8º.

y profesionales de la salud, quienes no tienen dado investigar o poner en cuestión las razones (éticas, filosóficas, religiosas) de la decisión del paciente. En una gráfica y feliz expresión de la Corte, constituye el “derecho a ser dejado a solas”.<sup>64</sup>

Si no se la concibiera de esta manera y con este alcance a esta autonomía personal, la norma del art. 19 de la CN se convertiría en una mera fórmula vacía, pues solo protegería al fuero íntimo de la conciencia o aquellas conductas de escasa importancia sin repercusión alguna en el mundo exterior, lo que no se condice con los principios constitucionales.<sup>65</sup>

En síntesis, y en conclusión que aplica a los médicos pero también a los familiares del enfermo, “nada cabe reprochar a quienes respetan la decisión libre de la persona involucrada (...) no hallándose en este caso afectados los derechos de otra persona distinta (...) mal puede obligarse a éste a actuar contra los mandatos de su conciencia religiosa”.<sup>66</sup>

d. La autodeterminación que deriva de la autonomía personal se conjuga con el derecho a la privacidad, también protegido constitucionalmente, y es aquel que impide que las personas sean objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada (*cf.* art. 11.2 de la CADH; 5º de la DADDH; 12 de la DUDH; 17.1 del PIDCyP). Con respecto a las posibilidades que perfilan el alcance de este derecho y esta facultad de ser relevado de determinadas conductas, en el ámbito interamericano se ha elaborado un concepto esclarecedor de autonomía personal. Allí se ha dicho que “el desenvolvimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. Bajo una perspectiva general, aquel posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e instrumentos para ese fin, seleccionados y utilizados con autonomía –que es prenda de madurez y condición de libertad– e

64. CSJN, “Bahamondez” [1993], voto de los jueces Barra y Fayt, consid. 13; voto de los jueces Belluscio y Petracchi, consid. 11.

65. CSJN, “Bahamondez” [1993], voto de los jueces Belluscio y Petracchi, consid. 13; CSJN, “Albarracini Nieves” [2012], consid. 19.

66. CSJN, “Bahamondez” [1993], voto de los jueces Cavagna Martínez y Boggiano, consid. 16 y 17.

incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen. Esto exalta la idea de autonomía y desecha tentaciones opresoras, que pudieran ocultarse bajo un supuesto afán de beneficiar al sujeto, establecer su conveniencia y anticipar o iluminar sus decisiones”.<sup>67</sup>

Ese ámbito de autonomía personal, de autodeterminación complementado por la noción de privacidad, repele cualquier intervención de índole penal que reprima las conductas allí desarrolladas. En efecto, “toda extralimitación al respecto importaría validar lo que constituye en definitiva una intromisión en el ámbito de señorío personal en tanto marco de una acción autorreferente (...) No hay lugar para plantear [una cuestión penal] cuando la conducta de esta persona no afecta los intereses de ninguna otra”,<sup>68</sup> dado que en esta materia rige el principio de reserva como complemento del principio de legalidad penal.<sup>69</sup>

#### 4.

En Estados Unidos, el caso de una negativa a una transfusión de sangre, posterior muerte y condena al familiar directo por abandono de persona podríamos decir que puede llegar a estar amparado por la libertad de conciencia y religiosa,<sup>70</sup> y, en consecuencia, transformar en nula la condena penal ejercida en esos términos.

67. Corte IDH, caso “Ximenes Lopes” (“Ximenes Lopes vs. Brasil”), C-149, del 4/7/2006, voto razonado del juez Sergio García Ramírez, pág. 10.

68. CNCP, Sala IV, caso “C., L. A.”, del 17/5/2016, voto del juez Gemignani, con cita de CSJN, caso “Arriola” (“Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080”), fallos 332:1963, del 25/8/2009, voto del juez Fayt.

69. CSJN, caso “D., M. A.” (“D., M. A. s/ declaración de incapacidad”), fallos 338:556, del 7/7/2015, consid. 32, con cita de CSJN, caso “F.A.L.”, fallos 335:197, del 13/3/2012. Respecto del primer caso, ver también: <http://www.revistaanfibia.com/cronica/la-muerte-imposible-de-marcelo-diez/>

70. Conforme la 1era Enmienda de la Constitución estadounidense: “El Congreso no aprobará leyes que establezcan una religión oficial del Estado o que prohíban practicar libremente cualquier culto religioso, o que limite las libertades de expresión o de imprenta, o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y a pedir al Gobierno la reparación de cualquier agravio” (énfasis propio).

a. La evolución jurisprudencial es profusa y variante a través de las décadas, y diversos casos fueron puestos en tensión con la cláusula de la 1ra. Enmienda, sobre todo normas o leyes generales que en su aplicación afectaban diferencialmente a diversos grupos religiosos.

Podría establecerse una suerte de hemicycle en la doctrina de la Corte, con un comienzo reacio a reconocer excepciones a las normas generales por motivos religiosos (caso “Reynolds”, 1879),<sup>71</sup> algunos hitos intermedios, sobre todo a mediados del siglo XX, muy valiosos, donde se combinó la libertad religiosa junto la libertad de expresión (carta ganadora por excelencia en el derecho estadounidense), ambas previstas en la misma Enmienda (casos “Cantwell”, 1940,<sup>72</sup> “Barnette”, 1943<sup>73</sup> y “Yoder”, 1972<sup>74</sup>), para cerrar con una posición actual algo más restrictiva, o por lo menos bien dividida al interior del Tribunal (casos “Goldman”, 1986<sup>75</sup> y “Smith”, 1990<sup>76</sup>).

b. En “Reynolds” se denegó el derecho a un practicante mormón a ejercer la poligamia. Su argumento jeffersoniano de que Iglesia y Estado deben estar separados por un muro y, en consecuencia, la ley del Estado afectaba sus más íntimas convicciones religiosas no fue atendido. La idea o el peligro (que volvería al siglo siguiente) es que bajo el pretexto religioso cada uno no puede “crearse su propia ley”.

A mediados de siglo, sin embargo, la apertura a la comprensión de argumentos religiosos en conjunción con la libertad de expresión modificaron la tesis rígida de aplicación inflexible de las normas sin consideración alguna del fenómeno religioso. Así, en “Cantwell”, donde se discutía la necesidad inaplazable que exigía el Estado de contar con un permiso administrativo para distribuir libros y material religioso, la norma de la Ciudad de Connecticut fue invalidada. El tribunal entendió que tal recaudo gubernamental, en

71. Caso “Reynolds vs. United States”, 1879, todos los citados en este apartado, en Beltrán de Felipe-González García, *Las sentencias básicas...*, cit., pp. 261 y ss..

72. Caso “Cantwell vs. Connecticut”, 1940.

73. Caso “West Virginia State Board of Education vs. Barnette”, 1943.

74. Caso “Winsconsin vs. Yoder”, 1972.

75. Caso “Goldman vs. Weinberger”, 1986.

76. Caso “Employment Divison vs. Smith”, 1990.

principio neutro y que no se dirigía a ninguna religión, afectaba desproporcionalmente a los Testigos de Jehová.

Lo propio aconteció con el saludo a la bandera. En una etapa bélica y con el patriotismo en alza, la Corte confirmó la expulsión a los alumnos que se negaron a ofrecer la promesa de fidelidad a la bandera, dado que su religión se lo impedía (caso “Gobitis”, 1940),<sup>77</sup> pero prontamente tal tesis fue corregida por el *leading case* “Barnette”, donde frente a idéntico planteo la Corte anuló la doctrina “Gobitis” y la norma de Virginia Occidental que obligaba al saludo.

Para eso tuvo en cuenta tres argumentos. En primer lugar, que la censura o prohibición de la libertad de expresión solo es constitucionalmente posible si constituye un peligro claro e inminente (*clear and present danger*). En segundo término, que una educación pública y gratuita, si quiere ser fiel al ideal de la enseñanza laica, no debe tomar partido ni ser *hostil* a ninguna religión. Esto es importante, porque el respeto a la primera Enmienda, para evitar hostilidad, puede requerir excepciones particulares. Y finalmente, que el propósito de la Declaración de Derechos contenida en las Enmiendas son cartas de triunfo frente a las mayorías, que no dependen del resultado de los procesos políticos y electorales. En razón de la potencia de estos argumentos, el fallo ha sido calificado como, aún hoy, “uno de los más importantes alegatos en defensa de la libertad”.<sup>78</sup>

En la misma línea expansiva, en “Yoder” dejó sin efecto la sanción a tres personas de creencia *amish* porque dejaron de enviar, por motivos religiosos, a sus hijos al colegio a la edad de 14 años, y no a los 16 como exigía la educación obligatoria del Estado. La Corte dijo que estas personas tienen una tradición en educación propia, unas creencias y modos de vida que podían peligrar si no exceptuaba la norma general. Expresamente, dijo que “El Estado tiene derecho a imponer una educación mínima y obligatoria, pero tiene que ponderar los posibles perjuicios que ello puede provocar en determinadas personas, amparadas por derechos fundamentales”.<sup>79</sup>

77. Caso “Minersville School District vs. Gobitis”, 1940.

78. Beltrán de Felipe, González García, *Las sentencias básicas...*, cit., p. 264.

79. Beltrán de Felipe, González García, *Las sentencias básicas...*, cit., p. 265.

c. Para fin de siglo, sin embargo, se restringió nuevamente la doctrina con dos casos. En el primero, “Goldman”, trataba de un funcionario militar que demandaba poder utilizar un gorro hebreo durante el servicio. El tribunal supremo lo rechazó, no obstante que al año se dictó una ley autorizando tal circunstancia.

Y, finalmente, el caso más rígido de todos, por los términos del voto del juez que emitió la opinión de la Corte (*justice* Scalia), se denegó el seguro de desempleo a dos personas que fueron despedidas por la utilización de la sustancia peyote y, frente al reclamo la División de Empleo, se les denegó el subsidio por haber sido despedidas con causa por el uso de sustancias prohibidas. Los demandantes argumentaban que su utilización había sido con fines y motivos religiosos.

Allí Scalia fundamentó que las normas generales (de impuestos, por ejemplo) no coartan la libertad de prensa cuando se aplican a una imprenta ni la de religión cuando hacen lo propio con algún grupo religioso. Este sería un efecto incidental de una norma general y obligatoria. Nadie puede fijar su propia ley para eximirse de obligaciones generales –esgrimió–. La doctrina del Interés Estatal Imperativo o Interés Público Imperativo (IPI) es peligrosa, porque con el argumento religioso los ciudadanos se podrían evadir de un número inimaginable de obligaciones, llevando a la anarquía.

El caso, si bien fue perdido por Smith y su compañero, que luego obtuvieron una ley que accedía a su pretensión (*Religious Freedom Restoration Act*) y la Corte se encargó de fulminarla (caso “Flores”, 1997),<sup>80</sup> recordando que ella es el intérprete final de la Constitución y no hay ley posterior que pueda desdecirla, generó una importante disidencia (de 4 jueces) que destacaron la relevancia de mantener la doctrina del IPI. Es necesario –dijo el voto comandado por la jueza O’Connor– mantener y rescatar la doctrina de la razón imperativa ante un conflicto religioso. Si bien en el caso encontró ese interés cumplido (propósito vital de impedir daños físicos por el uso de drogas prohibidas).

Las leyes generales que entran en pugna con la 1era Enmienda y el estándar del interés estatal imperativo para justificarlas frente a la libertad religiosa no es una “anomalía constitucional”. Por el contrario, tal examen o escrutinio estricto es derivación natural de la libertad preferida que

80. Caso “City of Boerne vs. Flores”, 1997.

constituye la libertad religiosa contenida en la Primera Enmienda. La Constitución ha optado por privilegiar tal libertad, y cualquier ley general, aun cuando no tenga el objetivo específico de alcanzar la conducta religiosa en cuestión, debe someterse a ese escrutinio y justificar el IPI, porque, a falta de razón imperativa, gana la libertad preferente.

d. El caso de la pena por abandono en la transfusión de sangre rechazada por motivos religiosos debe resolverse, entonces y según mi criterio, con la aplicación de los estándares que provienen de esta línea y evolución jurisprudencial.

La paciente objetora debe invocar razones religiosas serias y profundas. No esgrimir una simple conveniencia o comodidad. En tales condiciones, su conducta queda, en principio, a resguardo de la libertad religiosa contenida en la Primera Enmienda. Y ello es así porque, si bien en el derecho norteamericano no existe una declaración como la del art. 19 de la CN y el derecho a la autonomía, autodeterminación y privacidad que nuestra Corte ha extraído de dicha cláusula, lo cierto es que la interpretación y exégesis que a través del tiempo le ha dado a dicha 1era Enmienda, en torno a la libertad religiosa –sola o en combinación con la libertad de expresión–, es generosa.

Llegado al caso, una actividad (transfusión sanguínea) que entraría en conflicto con una “práctica libre de un culto religioso”, si se pretende penalizar su incumplimiento debe superar el escrutinio estricto del Interés Público Imperativo o impostergradable.

Efectivamente, se ha señalado, con relación a la cláusula de la Primera Enmienda, que “es un principio general, basado en la regla de la libertad de religión, que las objeciones de conciencia de las personas no pueden ser violadas por las leyes, salvo los casos en los que las exigencias del gobierno o del Estado la vuelvan inevitable (*unavoidable*)”.<sup>81</sup>

En el caso, no parece verse ningún interés estatal imperativo ni razón inevitable que justifique penalizar por abandono a un familiar de un objetor de conciencia que, con absoluta libertad y discernimiento, presta su consentimiento informado para rechazar una práctica médica contraria a sus más

81. Campbell Black, Henry, *Handbook of American Constitutional Law*, West Publishing Co., 3ª ed., 1910, p. 534, cit. por CSJN, “Portillo” [1989], consid. 14.

íntimas creencias, cuyos motivos no pueden ser sometidos a la arena pública sin mengua de la libertad religiosa garantizada en la Primera Enmienda.<sup>82</sup>

### III. Breves conclusiones

A través del ejercicio consistente en la problematización de determinados casos complejos (penalización de opiniones periodísticas y negativa a transfusiones sanguíneas), con fuente en hipótesis de trabajo e investigación escogidas azarosamente, pero de indudable anclaje en la realidad jurisprudencial, hemos intentado dar somera cuenta del contenido actual de dos pilares fundamentales de nuestra democracia constitucional, como son la libertad de expresión y la autonomía personal.

En esa línea de pensamiento, el planteo del tema desde la perspectiva punitiva (condena penal o multa frente a la infracción del honor o del cuidado personal) sirvió para encarar un recorrido cualitativo de la respuesta jurisprudencial de las máximas cortes, principalmente argentina e interamericana, pero también estadounidense o europea cuando el análisis, la génesis o el mejor desarrollo del tema lo requirió.

Esa tarea resultó fructífera a los fines de comprender cada una de las instituciones estudiadas y de leer adecuadamente su contenido actual. Por ejemplo, sirvió para entender que la derogación de las calumnias e injurias hacia periodistas no resultó una concesión graciosa del legislador nacional de principios de siglo XXI, sino que fue el fruto consolidado de una sigilosa y constructiva evolución del derecho, que fue ampliando sus contornos en la interpretación de la CSJN en paralelo con su par interamericano, que a su vez abrevó de la vertiente europea. Todas estas interpretaciones fueron engrosando la garantía en análisis, reconociéndole nuevos y más poderosos perfiles, en un *encadenamiento* o arquitectura acompasada y en capas, de inevitable reminiscencia deliberativista y también dworkiniana en la construcción del derecho.

Otro tanto ocurre con la autonomía personal, en su versión robusta (AID), cuya lectura a tenor de un posible castigo frente a una negativa a una práctica médica puso en cuestión valores centrales de la democracia actual, tales como una versión fuerte de la autonomía, ideales de excelencia,

82. CSJN, “Albarracini Nieves” [2012], consid. 16, 1er párrafo *in fine*.

autorreferentes, privacidad, etc. En ese esquema, su estudio a través de la jurisprudencia norteamericana con apoyo en la libertad religiosa y de expresión de la Primera Enmienda solo puede concebirse como una interpretación acompañada y coherente con los contenidos que nuestra Corte ha extraído del art. 19 CN.

Ambas exploraciones resultan de indudable interés y actualidad, no solo atendiendo a los cambios legislativos de 2009 y 2012 (v. notas 5 y 54) analizados en el curso del presente trabajo, sino porque el derecho y su interpretación no se suspenden en el tiempo, y así como la garantía o el derecho puede verse ensanchado o restringido en la historia reciente (por ejemplo, la oscilación europea en torno a la libertad periodística o la norteamericana con relación a las excepciones religiosas a normas generales), lo cierto es que muchas veces el tiempo y la vida de las personas no transcurren por el mismo carril que la vertiente jurisprudencial. Cuando las hermanas de Marcelo Diez iniciaron su peregrinaje por la lucha de la dignidad de su hermano, ni se imaginaron que cuando la Corte Suprema finalmente resolviera el caso en el año 2015 (v. nota 69) el derecho invocado iba a ser uno totalmente diferente al existente cuando su hermano agarró la moto para regresar a la chacra familiar. La variación del derecho (su interpretación y sentido normativo) conduce a rastrear y repensar, constantemente, sobre estas cuestiones.