

**ALEGATOS ESCRITOS DE LOS REPRESENTANTES DE LAS VÍCTIMAS
ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

**JORGE FONTEVECCHIA Y HÉCTOR D'AMICO CONTRA LA REPÚBLICA ARGENTINA
CASO 12.524**

REPRESENTANTES DE LAS VÍCTIMAS

Gastón CHILLIER

Santiago FELGUERAS

LOURDES BASCARY

GABRIELA KLETZEL

(CELS)

Eduardo BERTONI

28 DE SEPTIEMBRE DE 2011

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN

II. HECHOS PROBADOS.

III. VIOLACIÓN A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN (ART. 13 DE LA CADH)

III. 1. El carácter público de la información publicada por la revista Noticias.

III. 2. Difusión de información de interés público.

III. 3. Desproporción de la sanción.

IV. DEBER DE ADOPTAR MEDIDAS (ART. 2 DE LA CADH)

i) Primera cuestión: la indeterminación de lo que se considera una intromisión arbitraria.

ii) Segunda cuestión: la discrecionalidad para determinar el monto de la reparación del daño causado.

iii) La colisión del Art. 1071 bis y de la regulación de la asignación de compensaciones por daños del Código Civil argentino con lo exigido por el art. 13.2 de la CADH, en vulneración con el Art. 2 de la CADH.

V. REPARACIONES

V. A. Obligación de reparar.

i. *Daños materiales.*

ii. *Daños inmateriales.*

iii. *Medidas de satisfacción y garantías de no-repetición.*

iii.a. Medidas de carácter legislativo. Adecuación del ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales en la materia.

iii.b. Medidas de rehabilitación.

iii.c. Acto público de reconocimiento de responsabilidad y publicación de la sentencia de la Corte Interamericana.

VI. COSTAS Y GASTOS.

VII. PETITORIO.

ALEGATOS ESCRITOS DE LOS REPRESENTANTES DE LAS VÍCTIMAS
 ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
 JORGE FONTEVECCHIA Y HÉCTOR D'AMICO CONTRA LA REPÚBLICA ARGENTINA
CASO 12.524

I. INTRODUCCIÓN.

El caso de Jorge FONTEVECCHIA y Héctor D'AMICO constituye, sin duda, un caso emblemático sobre el derecho a la libertad de expresión en toda la región. Y lo es por dos razones principales. En primer lugar, porque es la primera vez que la Corte se enfrenta a un caso en el que el derecho a la libertad de expresión se ha visto limitado bajo el pretexto de proteger el derecho a la intimidad. En segundo lugar, porque es la primera vez que la Corte debe resolver un caso en el que aquello que se utilizó para acallar el debate, no fue la amenaza y posterior imposición de una sanción penal, sino la pretensión de una reparación ulterior en sede civil que se transformó en una sanción pecuniaria, sin base en parámetro objetivo alguno.

Fundamentalmente, este caso es una oportunidad para fortalecer el derecho a la libertad de expresión en la región porque pone al desnudo una práctica sofisticada de amedrentamiento a periodistas de investigación. En este sentido, puede ser clave para establecer estándares claros a efectos de impedir que la legítima intención de proteger la intimidad de las personas, en línea con el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención o CADH), pueda ser utilizada por personajes públicos para amedrentar y presionar a la prensa de investigación y a la prensa independiente. Ello, a partir de regulaciones normativas vagas que habilitan el dictado de decisiones judiciales que no se ajustan a la Convención.

En efecto, a Jorge FONTEVECCHIA y Héctor D'AMICO, dos periodistas comprometidos con el periodismo de investigación, se los castigó por informar una serie de hechos relativos al entonces presidente de la República Argentina y de indudable interés público, con el pretexto de proteger su derecho a la intimidad. Debieron enfrentar un proceso judicial y fueron condenados a pagar una suma importante de dinero por haber llevado adelante una investigación seria y comprometida que luego publicaron. Ello porque los hechos que relataron tenían relación con la existencia de un hijo a quien el ex Presidente no reconocía, dato que la máxima autoridad judicial del país entendió entraba dentro de la órbita de protección de su intimidad.

La existencia de marcos legales excesivamente laxos y la carencia de parámetros claros que permitan resolver – de manera previsible – un conflicto de derechos de estas características, hicieron posible el sometimiento a proceso y posterior condena civil a los Sres. FONTEVECCHIA y D'AMICO. Cuando esta incertidumbre se convierte en una barrera para la libre circulación de cuestiones de interés público – tal como se pretendía en el presente caso –, no quedan dudas de que la regulación normativa interna que habilita tal escenario resulta incompatible con los artículos 2 y 13 de la Convención Americana y debe ser modificada.

En definitiva, el caso en estudio representa una oportunidad para que la Honorable Corte Interamericana desarrolle estándares sobre la relación entre el derecho a la intimidad y el

derecho a la libertad de expresión frente a información de interés público, y se expida en profundidad sobre el impacto y el efecto disuasivo de las indemnizaciones civiles a comunicadores que ejercen su labor de periodismo e investigación

II. HECHOS PROBADOS.

Los hechos objeto del presente caso, relatados en extenso en el informe art. 50 de la CIDH, con más los agregados que se realizaron en nuestro escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (ver apartado II), no han sido controvertidos ni desacreditados por el Estado argentino

No se ha desvirtuado que los Sres FONTEVECCHIA y D'AMICO fueron condenados a pagar una condena pecuniaria al entonces presidente de la Nación, Carlos Saúl Menem - *quien accionó únicamente en nombre propio* - a raíz de la publicación de notas periodísticas que él entendió estaban centradas en su paternidad como fruto de una relación extramatrimonial.

Tampoco se ha controvertido que, conforme destacáramos en nuestro escrito inicial ante esta Corte, el dato de la existencia del hijo extramatrimonial del ex presidente ya era parte del dominio público a la fecha de la publicación de las notas de la Revista Noticias. Tal como destacara el Sr. D'AMICO en su testimonio ante esta Honorable Corte, "*...la revista Noticias no tuvo ninguna primicia con el hijo natural del entonces Presidente Menem. Había un libro que ya había citado esa historia, había salido en otros periódicos...*"¹

Menos aún ha negado el Estado que el contenido de las notas periodísticas de la revista *Noticias*, transcendía ampliamente el mero señalamiento de la relación filial extramatrimonial, sino que se referían a cuestiones de claro interés público, tales como: el inexplicable enriquecimiento de la diputada provincial y madre del niño en cuestión, denuncias respecto a amenazas recibidas contra su persona y la de su hijo y el señalamiento del gobierno nacional como responsable de preservar su seguridad, el asilo solicitado al Paraguay por el ex presidente a su colega paraguayo Juan Carlos Wasmosy, y la existencia de afiches —en el marco de una campaña proselitista— que denunciaban que Carlos Menem incumplía con sus deberes alimentarios. El Estado tampoco ha negado, que todos estos aspectos no fueron contemplados por los tribunales que entendieron en el proceso judicial entablado contras las víctimas del presente caso.

Nada se dijo en particular respecto de que la justicia argentina, so pretexto del derecho a la intimidad — y en aplicación del art. 1071 bis del Código Civil aún vigente en nuestro país—, condenó a dos periodistas — el director y el editor de la revista Noticias — a pagar una indemnización a favor del entonces presidente Menem que ascendió a \$150.000 primero (que por entonces equivalían a ciento cincuenta mil dólares) y a \$60.000 después (sesenta mil pesos o dólares).

Por el contrario, en el apartado b, referido al trámite interno, dentro de punto II — "Antecedentes", del Anexo que conforma la contestación de la demanda del estado argentino (en adelante "anexo contestación de demanda"), se ratifican muchos de éstos elementos.

¹ Testimonio del Sr. D'Amico ante esta Honorable Corte, 24 de agosto de 2011

Asimismo, en la audiencia del 24 de agosto de 2011, los representantes de las presuntas víctimas, demostramos de qué manera este caso afectó a los Sres. FONTEVECCHIA y D'AMICO, tanto en el plano personal como profesional. Cuestión, sobre la que volveremos especialmente en el apartado correspondiente a las reparaciones que entendemos deberían ordenarse.

También probamos cómo opera la actual legislación vigente en el sistema jurídico argentino y cómo se resuelven los casos de daños en nuestro país. Demostramos que aún hoy esa normativa puede ser utilizada para disuadir el ejercicio pleno del derecho a la libertad de expresión en general y del periodismo de investigación en particular, en tanto las víctimas del presente caso relataron cómo el temor a tener que enfrentar demandas civiles, cuyas consecuencias patrimoniales son indeterminadas, puede constituirse en un efecto inhibitorio incluso para periodistas de larga experiencia y trayectoria.

Por su parte, el Estado argentino intentó en ambas oportunidades – contestación de demanda e intervención oral en la audiencia – demostrar por qué la situación objeto de denuncia, *a la que omite calificar expresamente de violatoria de derechos humanos, pero cuya supuesta modificación celebra*, no podría repetirse actualmente en nuestro país. En este sentido, en el punto III del escrito anexo de contestación de demanda establece:

"...se considera oportuno manifestar que desde el dictado de la sentencia que originara la petición de los Sres. FONTEVECCHIA y D'AMICO, el Estado argentino, a través del accionar de todos sus órganos, ha llevado adelante reformas legislativas, jurisprudenciales e institucionales, **reconociendo la existencia de una situación en materia de libertad de expresión que no guardaba la necesaria compatibilidad con los estándares internacionales de la Convención Americana**". (el resaltado nos pertenece)

Coincidente con esta postura, en el punto V, bajo el título de "conclusiones", reitera esta idea y manifiesta:

"... la política reparatoria llevada adelante de reforma legislativa e institucional, y de adecuación jurisprudencial a los estándares internacionales en materia de libertad de expresión **han modificado la situación existente al momento del dictado de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la nación contra las presuntas víctimas, y como consecuencia de ello, el ordenamiento jurídico argentino, en su estado actual, se encuentra en consonancia con la Convención Americana de Derechos Humanos y los estándares internacionales en materia de libertad de expresión.**"

En este sentido, si pudiera entenderse que el trámite de este caso se ajustó efectivamente a los parámetros establecidos en la Convención Americana, el Estado no habría destacado en su contestación que entendió necesaria modificar tal "situación". El Estado no puede así estar más que indicando que existió aquí una violación al derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 13 de la CADH.

A mayor abundamiento, ninguna de las alegaciones vertidas en el punto IV del anexo contestación de demanda del Estado argentino, guarda relación con medidas pertinentes para evitar que casos como el presente vuelvan a tener lugar y en consecuencia pueda

entenderse que *"el ordenamiento jurídico argentino, en su estado actual, se encuentra en consonancia con la Convención Americana de derechos Humanos y los estándares internacionales en materia de libertad de expresión"*. Nada de lo informado hace alusión a reformas de la normativa que fue utilizada en el presente caso para sancionar en sede civil a los Sres. FONTEVECCHIA y D'AMICO, y vulnerar con ello su derecho a la libertad de expresión. Sobre este particular nos referimos en extenso en los apartados IV y V, relativos a la vulneración del artículo 2 de la CADH y las garantías de no repetición que solicitamos, respectivamente.

En definitiva, en el presente caso existen hechos que han sido reconocidos por el Estado argentino: la existencia de la causa judicial y las sentencias condenatorias con sus argumentos respecto de la cuestión de fondo y la finalidad en la determinación del monto indemnizatorio a favor de la parte actora. Estos deben tenerse por verdaderos, según jurisprudencia de la propia Corte Interamericana².

A la vez, existen hechos que no resultaron controvertidos por el Estado de manera específica. No se refutaron ni el alto contenido de interés público de la información reseñada en las notas objeto de litigio, los procesos de cobro de los montos de dinero que debieron enfrentar los Sres. FONTEVECCHIA y D'AMICO, ni los defectos concretos de las normas que fueron aplicadas en el presente caso para fallar como se hizo. Estos hechos, siguiendo la jurisprudencia de este Alto Tribunal, también deben tenerse por verdaderos³.

También fueron adecuadamente probadas las características propias de nuestro sistema jurídico y judicial y las implicancias que, en este contexto, tiene la normativa vigente.

En este sentido, en la pericia del Dr. Saba se demostró que Argentina se inscribe dentro de un sistema jurídico de tradición continental, donde **no** se acepta la regla del precedente ni siquiera para las decisiones de la Corte Suprema⁴. Por ello, se vuelve central la regulación normativa de aquellos marcos legales necesarios para resolver cuestiones relativas a restricciones a derechos amparados por la CADH.

Asimismo, tanto el Dr. Saba como el Dr. Rivera, en sus informes periciales se han referido al art. 1071 bis del Código Civil como una norma "vaga". En relación con esto, el Dr. Rivera, en su informe, concluyó:

"El art. 1071 bis constituye una norma vaga y excesivamente amplia tanto respecto de las conductas prohibidas como en materia de cuantificación del daño moral. Ello resulta particularmente problemático en materia de libertad de expresión ya que esta clase de normas generan un efecto disuasivo o intimidatorio y, además, posibilitan una aplicación selectiva y discriminatoria". (El destacado es propio)

Ante esto, el Estado nada sostuvo en la instancia oral.

En definitiva, hasta ahora, el Estado argentino no ha logrado contrarrestar, en modo alguno, nuestros argumentos. En particular, no ha vertido ningún elemento – ni en su escrito de contestación de demanda ni en la audiencia oral – que permita convencer a

² Corte IDH, Caso Neira Alegría y otros, Sentencia de 19 de enero de 1995, párr. 67.

³ Corte IDH, Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, Sentencia de 21 de junio de 2002, párr. 67.

⁴ Ver Dictamen pericial del Dr. Saba, pág. 15.

esta Honorable Corte que los hechos de este caso no han constituido una restricción ilegítima al derecho a la libertad de expresión de los Sres. FONTEVECCHIA y D'AMICO, principio elemental para el desenvolvimiento de una sociedad democrática.

Por ello, entendemos que se encuentran acabadamente probados todos los elementos que sirven de fundamento para que esta Honorable Corte establezca que el Estado argentino ha violado a los Sres. FONTEVECCHIA y D'AMICO el derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 13 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 de la Convención, así como el deber de adoptar medidas establecido en el artículo 2 de la CADH.

III. VIOLACIÓN A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN (ART. 13 DE LA CADH)

Como ya hemos señalado, la posición del Estado argentino en cuanto al fondo del asunto no ha sido clara.

Por un lado, ha señalado que la sentencia dictada en el caso "Menem c/ Editorial Perfil S.A." fue una de las sentencias que motivaron la remoción de algunos miembros de la Corte Suprema de Justicia argentina. Al mismo tiempo, ha omitido realizar cualquier tipo de defensa respecto de la decisión de condenar a la Editorial Perfil en el caso; de hecho, prácticamente no se ha referido al caso concreto ni ha fijado posición sobre las cuestiones planteadas por la Comisión Interamericana y por las víctimas. En el único punto en el que manifestó una oposición a lo solicitado por esta parte fue en cuanto a la incompatibilidad de la legislación argentina con la Convención Americana.

Sin embargo, el Estado argentino no se ha allanado formalmente a nuestras pretensiones, limitándose a manifestar que dejaban la resolución del caso librada al criterio de la Honorable Corte Interamericana.

Así trabada la litis, resulta claro que el Estado parece haber consentido la posición de las víctimas y de la Comisión tanto respecto de los hechos como respecto del fondo del asunto, con excepción del reclamo vinculado con la necesidad de modificar la legislación interna. Sin embargo, dado que no lo ha expresado formalmente, y que por otra parte en su función de dictar el derecho la Corte Interamericana no está limitada por la posición de las partes, nos referiremos de todos modos a la cuestión de fondo.

Dadas estas circunstancias, entendemos que carece de sentido volver a extendernos sobre puntos que ya han sido presentados al Tribunal y que no han recibido oposición ni objeciones por parte del Estado denunciado. Por lo tanto, nos remitiremos a nuestro escrito de demanda en aquellas cuestiones en las que entendemos que no existen circunstancias provenientes de la etapa probatoria que justifiquen volver a tratar el punto.

Consecuentemente, mantenemos en este escrito lo que sostuvimos en el escrito de demanda referido a los estándares aplicables al caso, particularmente lo contenido en el punto III 1, en los apartados a) al f), a donde nos remitimos, sin perjuicio de señalar que estos criterios han sido ratificados tanto por los peritajes producidos en autos como por la intervención en la audiencia oral de la Comisión Interamericana y de esta parte.

Dicho esto, nos referiremos a los nuevos elementos incorporados en la etapa probatoria que son de relevancia para la resolución del caso

Entendemos que se han incorporado nuevos elementos que ratifican lo que esta parte y la Comisión Interamericana habíamos sostenido al formular demanda, tanto respecto a que la información y las fotografías difundidas no afectaron la vida privada del entonces presidente Menem como respecto del interés público que tenía la información, lo que justificaba la publicación aún si se considerase que habría alguna afectación a la privacidad del ex Presidente. Por otra parte, los nuevos elementos también han corroborado que la sanción, más allá de su ilegitimidad intrínseca, fue desproporcionada, dado el elevado monto de la sentencia.

III.1. El carácter público de la información publicada por la revista Noticias.

Tanto esta parte como la Comisión Interamericana hemos sostenido que uno de los obstáculos para la procedencia del reclamo que formuló en sede interna el Dr. Menem era que la información que había difundido la revista Noticias era ya públicamente conocida al momento de la publicación.

Contábamos ya con pruebas suficientes de ello, que fueron analizadas en forma pormenorizada por la Comisión Interamericana en su escrito de demanda. A dichas pruebas se han agregado los siguientes elementos

El Sr. D'AMICO hizo un detallado relato acerca de la investigación que precedió a la redacción y publicación de la nota, que permitió corroborar que la noticia referida a la existencia de un hijo extramatrimonial del entonces presidente Menem era ya conocida y había sido publicada en medios de comunicación. En efecto, sostuvo D'AMICO que en la redacción de la revista tenían conocimiento de la existencia de un hijo extra-matrimonial del entonces Presidente, dado que el hecho *ya había sido publicado*. Manifestó también que el interés en publicar la nota surgió cuando les llegó información referida a la posible existencia de amenazas contra la vida del hijo del ex Presidente; a la eventual existencia de costosos regalos y favores económicos de parte de Presidente Menem; y al pedido de asilo en Paraguay; entre otros datos

Por otra parte, también explicó el periodista D'AMICO que las fotos que ilustraron la nota, donde se ve al hijo del ex Presidente y a su madre, habían sido entregadas a los medios de comunicación por el servicio de prensa de la Presidencia de la Nación. De manera tal que fue el propio Gobierno, bajo las directivas del entonces Presidente Menem, quien difundió estas fotos y la información que podía colegirse de ellas.

En este punto conviene hacer una aclaración: el servicio de prensa de la Presidencia de la Nación argentina cuenta con un plantel de fotógrafos fijos, a sueldo del Estado Nacional, que se ocupan de cubrir todos los eventos en los que participa el Presidente de la Nación y otros eventos que se les indican. La cobertura consiste en sacar fotografías de los eventos, que luego de una selección realizada por el personal pertinente, son entregadas a todos los medios de comunicación que las soliciten a los fines de que puedan ilustrar las notas referidas a las actividades de la Presidencia. La entrega se hace por canales

oficiales, y luego las agencias de noticias las reenvían a todos sus suscriptores, mayoritariamente medios de comunicación. De modo tal que la afirmación del Sr. D'AMICO, en el sentido de que las fotos que habían ilustrado las notas eran de la Presidencia de la Nación, significa que dichas fotografías fueron obtenidas por los fotógrafos del cuerpo de prensa de la Presidencia, seleccionadas por sus superiores, y entregadas a los medios por canales oficiales, en cumplimiento del deber de dar a publicidad los actos de gobierno. De manera que no sólo fue el propio Gobierno del Presidente Menem quien invitó a actos públicos relevantes a su hijo y a la madre, y los situó en lugares preferenciales, sino que inclusive el propio Gobierno los fotografió y entregó en forma oficial a los medios de comunicación las fotografías en las cuales el hijo del Presidente Menem y la Sra. Meza se encontraban situados en forma muy cercana al Presidente.

En conclusión, de conformidad con lo hasta aquí expuesto, y de acuerdo con los criterios legales y la jurisprudencia que hemos citado al formular la demanda, es claro que la restricción al derecho a la libertad de expresión de las víctimas fue ilegítima, en tanto:

a - No puede sostenerse que la difusión de la existencia del hijo extramatrimonial del entonces Presidente Menem implicó una intromisión en su vida privada o en su privacidad, dado que dicha información ya era conocida por el público en general.

b.- Las fotografías que ilustran la nota, por sí mismas, no pueden afectar la vida privada del entonces Presidente Menem, ya que fueron tomadas en el marco de actos públicos y oficiales. Por otra parte, la decisión de hacerlas públicas fue del propio Gobierno argentino de aquel entonces, al entregarlas a los medios de comunicación por intermedio del servicio de prensa de la Presidencia de la Nación, por lo que no puede responsabilizarse a un medio de prensa por darlas a publicidad, sobre todo en el marco de un juicio de daños promovido por el propio Presidente de la Nación, es decir, la persona bajo cuyas órdenes trabajan los agentes estatales que obtuvieron las fotografías y las entregaron a los medios para su difusión.

c.- Conforme veremos a continuación, los datos novedosos que contenían las notas de la Revista Noticias, estaban vinculados a las amenazas a la vida del hijo del Dr. Menem, los regalos que les habría hecho el Presidente Menem, posiblemente con fondos públicos, el pedido de asilo en Paraguay, etc. Es decir, información de indudable interés público que no puede considerarse privada ni protegida por el artículo 11 de la Convención Americana.

III.2. Difusión de información de interés público.

Ya nos hemos referido detalladamente a este tema al formular demanda, y, ante la falta de objeciones por parte del Estado, entendemos que no es necesario agregar más consideraciones sobre el punto. Sin embargo, durante el período probatorio se incorporaron elementos de juicio favorables a la posición que sostenemos.

Por un lado, el relato del Sr. D'AMICO permitió incorporar la visión del caso desde el punto de vista de un periodista profesional. Señaló con claridad que mientras que la noticia consistía únicamente en la existencia de un hijo extramatrimonial del entonces Presidente

Menem, en tanto la información ya había sido publicada, no encontraban interés periodístico en cubrir el asunto.

En palabras del Sr. D'AMICO:

"En primer lugar, quisiera aclarar que tiene que ver con la demanda, y éste es un punto –me parece– importante, la revista Noticias no tuvo ninguna primicia con el hijo natural del entonces Presidente Menem. Había un libro que ya había citado esa historia, había salido en otros periódicos, y en realidad la revista no se ocupó durante bastante tiempo del hijo del Dr. Menem, porque en realidad, después de revisar los parámetros que acabo de contar, no veíamos tampoco el valor de ocuparnos de un hijo natural del Presidente Menem."⁵

Sin embargo, en cuanto tuvieron información vinculada a una denuncia de amenazas de muerte contra el niño, a lo que se sumaba el posible desvío de fondos públicos y un pedido de refugio en un país limítrofe, el interés en investigar estos hechos y en publicar la historia fue evidente.

Si bien es posible que haya ocasiones en las cuales el concepto de interés periodístico, tal como se define por la práctica de los medios de comunicación, no coincida con el concepto jurídico de interés público, en el caso resulta evidente que la actitud de la revista fue completamente compatible con el respeto a la vida privada de las personas.

Debe advertirse que el hecho de que un Presidente en ejercicio de sus funciones tenga un hijo extramatrimonial no reconocido es, en sí mismo, razón más que suficiente para justificar la difusión de los hechos. Tales circunstancias no sólo echan luz sobre cuestiones morales y de carácter del Presidente, figura pública por excelencia, sino que importan una violación a obligaciones legales, provenientes tanto del derecho interno como del derecho internacional de los derechos humanos.

Esta cuestión ya fue considerada suficientemente en nuestro escrito de demanda y en los párrafos 140 a 142 de la demanda de la Comisión Interamericana.

Sin embargo, entendemos que en el intercambio de opiniones que se sustanció durante la audiencia del caso quedó en evidencia para todos los participantes que no puede sostenerse, a la luz del derecho interno, del derecho internacional, y a la luz de la propia naturaleza de los hechos, que la resistencia del entonces Presidente Menem a reconocer voluntariamente a su hijo extramatrimonial fuese un asunto que pertenecía al ámbito de su privacidad. Por el contrario, era un asunto de eminente interés público, porque se refería a una obligación legal de la máxima autoridad de la República que surge de normas constitucionales del derecho argentino y de tratados de derecho internacional que el Estado argentino ha ratificado.

A pesar de estas circunstancias, la revista Noticias no se interesó en publicar estos hechos, que, reiteramos, ya eran de conocimiento público, sino hasta que verificaron

⁵ Testimonio del Sr. D'Amico ante esta Honorable Corte, 24 de agosto de 2011.

circunstancias adicionales que implicaban con mayor intensidad la presencia de cuestiones de interés público.

El Sr. D'AMICO se refirió a esta cuestión en los siguientes términos (transcribimos *in extenso* sus declaraciones, porque las consideramos ilustrativas):

"La gran diferencia, y en esto cambió la revista y decidimos investigar, dice que había razones que consideró de interés público, por las cuales nosotros teníamos que investigar no necesariamente al hijo del Dr. Menem, sino hechos que sucedían alrededor de esta historia. Me refiero como hechos de interés público a que la madre del menor nos confirma en una entrevista con la revista que el chico ha sido amenazado de muerte, y nos confirma también que es el hijo del Presidente Carlos Menem. Ese fue un hecho. Entonces enviamos gente a investigar en la zona, ellos vivían en el norte de Argentina, en la provincia de Formosa, y queríamos saber cuánto de cierto había en esto. Correlativamente con estos dos aspectos, hubo otros. La diputada Meza, que así se llamaba la madre del hijo del Presidente, había hecho una denuncia que nos llamó mucho la atención. Fue a un juzgado en Formosa y denunció que le habían robado joyas, dinero en efectivo y documentos por una suma que ella estimó en alrededor de 230 mil dólares. Entonces tenemos la confirmación de que hay un hijo natural del Presidente; la confirmación por parte de la madre, que nunca fue confirmada por el Gobierno nacional, a quien consultamos y nunca respondió, de que ese chico estaba amenazado de muerte; y este tercer hecho que no tenía vinculación con nosotros, pero un robo para un lugar como Las Lomitas – Las Lomitas se llama; para que ustedes tengan una idea, es una ciudad de unos 7 mil habitantes –, un robo de joyas por 230 mil dólares nos parecía extraño. Como no teníamos la confirmación, fuimos al juzgado, pedimos copias, y efectivamente había una denuncia, que nos la entrega el juzgado, donde la diputada Meza no solamente enumera los bienes que le han sido robados, sino que aclara que algunos de ellos, y un reloj Rolex de oro con diamantes, y la mayoría de las joyas le fueron regaladas a ella por el Dr. Menem –o sea, el padre de su hijo– durante el ejercicio de la presidencia. Poco tiempo después, la diputada Meza decidió asilarse en Paraguay. No tomó un asilo político formal, pero después de confirmarnos esos hechos, después de conseguir nosotros en el juzgado la lista de los bienes robados, ella viaja a Paraguay. Hasta donde nosotros tenemos entendido, ella fue de alguna manera protegida por parte del servicio de inteligencia del entonces Presidente Wasmosy. Nos reunimos con los abogados y dijimos: "Tenemos un caso que es de interés público, que los lectores y la opinión pública argentina sepan que hay un menor que es hijo del Presidente y está amenazado de muerte, ¿es de interés público? Digo, si el hijo del Presidente, según la madre, está... quiero expresar exactamente en qué consistía la denuncia. La denuncia era que le iban a cortar la cabeza al chico y se la iban a mandar por correo. Si el hijo del Presidente está amenazado de muerte, la deducción lógica es que alguien quiere obtener algo del Presidente. O amenazarlo, u obtener algo. Eso nunca lo supimos. El robo de joyas y dineros y documentos que ella valúa en 230 mil dólares, en aquel momento creo que hicimos un cálculo de que ese dinero era el equivalente a más de dos años y medio del sueldo del señor Presidente Carlos Menem. Y el hecho de que ella decida irse a Paraguay, atemorizada por el destino de su hijo, y la posterior comunicación entre el Presidente Menem y el Presidente Wasmosy para

averiguar por el destino de la madre y del hijo, nos llevaron a la conclusión de que cualquier periodista en cualquier lugar del mundo hubiese tomado que era una historia para investigar, documentarla y publicarla. Estamos hablando de dos jefes de Estado, hablando de un menor que no ha sido reconocido y que cambia de país, según la madre por temas de seguridad. Estamos hablando de un robo importante para lo que es esa región, y el vínculo con el Presidente de la Nación. Es decir, estamos hablando de que alguien debería responder por esos fondos. Es decir, no es habitual leer en los diarios que alguien se roba 230 mil dólares en joyas. El punto de la amenaza de muerte fue decisivo, el exilio también fue decisivo. Quiero decirles que nosotros decidimos publicar esto, la diputada Meza dio un reportaje, el video existe, está documentado, donde quien la interrogó mostró la revista y leyó párrafo por párrafo, y ella ratificó todo y absolutamente lo que ahí se decía. Cuando nosotros no necesitábamos esa prueba, pero nos dimos cuenta de que realmente los hechos eran reales. Antes de eso habían sucedido otros hechos un poco insólitos. Había una suerte de mensaje en la Presidencia de la Nación de que nadie se ocupase del hijo natural del Presidente. Yo debo decir que durante meses yo fui consultado por el director de un periódico en esa época, que me consultó qué íbamos a hacer con el hijo natural del Dr. Menem, y le dije que no íbamos a hacer nada, porque no velamos exactamente cuál era el motivo de publicar lo del hijo natural. Hasta que suceden los otros hechos. Y este director de periódico hizo lo mismo que nosotros: no publicó absolutamente nada. Quiero decir, quiero alejar de acá la impresión de que un grupo de periodistas olfatea una historia muy interesante para sus lectores y sale corriendo a publicarla, como sea. No, no es así para nada. Fue meditada la publicación y la documentación. Dos de nuestros periodistas habían sido, no advertidos, se les dijo amablemente... uno de los Ministros del Dr. Menem le dijo que el periodismo no debía meterse con el hijo natural del Dr. Menem, entre otros motivos porque tenía una gran presión de su esposa, que era la señora Zulema Yoma. Es decir, la aparición de un hijo natural en un matrimonio todavía constituido era realmente un conflicto muy importante. Pero ése no fue el motivo de la publicación de la nota. Ese es un tema absolutamente privado entre el Dr. Menem, su esposa, si se divorciaban o no. Yo estoy hablando de los hechos que nos motivaron a nosotros a publicar esta nota..."⁶

La narración del Sr. D'AMICO demuestra que las víctimas no sólo ejercieron su derecho a la libertad de expresión en forma regular, sino que inclusive tuvieron una actitud profesional y cautelosa, en tanto no se decidieron a cubrir la noticia sino hasta que comprobaron que varios elementos de interés público confluían en una misma historia.

Más adelante el Sr. D'AMICO agrega:

"... los hechos que rodean a esta historia no tienen que ver necesariamente con la intimidad del menor, tienen que ver con otros hechos que creo que son... No quiero decir que son más graves, pero son muy graves también y no han sido dignificados, me parece a mí (...) yo creo que es exactamente de interés público. ¿Qué es de interés público? Es información que ayuda a la gente, a la opinión pública o a los lectores, a entender entre otras cosas cómo se mueve la gente que tiene el poder, cómo gestiona el poder, qué códigos

⁶ Testimonio del Sr. D'Amico ante esta Honorable Corte, 24 de agosto de 2011

éticos tiene, qué códigos morales tiene. No debe haber una gran diferencia entre la manera en la que se administra a un país y la manera en la que se administra, o mejor dicho, se respeta o no a una familia. Ese es el punto de interés de esta historia. Se le estaba informando a los lectores datos no conocidos, no lo del chico que había nacido, fuera, digamos, del matrimonio, estamos informando todos esos otros hechos... Era obligación, yo creo que cualquier periodista en esa situación informaba de estos hechos. Yo no creo que ningún periodista que sepa que el hijo de su Presidente en cualquier país que sea y esté representado en esta sala, si se entera que el hijo del Presidente está amenazado, dudo mucho que vaya a esconder la información. Y dudo mucho que lo haga a costa de que sea querellado por la Presidencia o por quien sea... Dudo mucho, es casi una obligación, es parte de la profesión de periodista: informar sobre estos hechos.”⁷

En conclusión, las principales circunstancias por las cuales la información era de interés público y debía ser publicada eran:

a.- La existencia de un hijo no reconocido del entonces Presidente Menem, que era un hecho que, considerado en sí mismo, importaba suficiente interés público para justificar su publicación. Cabe reiterar aquí que no se trata de un hecho privado ni perteneciente a la intimidad de la familia, sino relativo a la actitud del más importante funcionario público de un país de incumplir con su obligación moral y legal de reconocer a su hijo.

b.- Las amenazas de muerte contra el niño. Si bien la existencia de una amenaza de muerte contra el hijo de un Presidente es evidentemente un hecho de interés público, la forma que habían tomado esas amenazas y su posible significado político e institucional hacían aún más relevante el hecho. El Sr. D'AMICO lo expresó del siguiente modo: “... **quiero expresar exactamente en qué consistía la denuncia. La denuncia era que le iban a cortar la cabeza al chico y se la iban a mandar por correo. Si el hijo del Presidente está amenazado de muerte, la deducción lógica es que alguien quiere obtener algo del Presidente. O amenazarlo, u obtener algo**”⁸. Ya sea que se compartan estas conclusiones del Director de la Revista, o que se arribe a otras conclusiones distintas, lo cierto es que en todo caso el interés público de la información es indudable.

c.- La afirmación de la madre del niño en el sentido de que el entonces Presidente Menem le había regalado bienes de un alto valor económico, en principio incompatible con los ingresos del Dr. Menem. Esto no sólo surgía de los dichos de la Sra. Meza, sino que constaba inclusive en una denuncia judicial a la que accedieron los periodistas del medio gráfico al investigar el tema.

d.- La posibilidad de que dichos bienes hubiesen sido adquiridos con fondos públicos, lo que implicaría un acto ilegal. Resulta también evidente que esta situación debía ser conocida por el público en general para poder controlar los fondos que el entonces Presidente Menem utilizaba discrecionalmente a estos fines, y sobre todo, su procedencia,

⁷ Idem.

⁸ Idem

ya que en principio los ingresos y el patrimonio del Presidente no permitían justificar tan costosos regalos. Y en este punto es esencial señalar que el hecho de que el niño fuese un hijo del entonces Presidente era esencial en el entramado de los hechos, ya que era precisamente esta circunstancia la que podría explicar los cuantiosos regalos que recibía la Sra. Meza.

e.- El "asilo o refugio" de la madre y del niño en Paraguay, a los fines de ponerse a salvo de las amenazas recibidas. Asilo que, inclusive, según la investigación de la revista Noticias, era prohijado por el servicio de inteligencia del Paraguay, lo cual naturalmente era también de interés público.

f.- El hecho de que la propia Sra. Meza era, a la fecha de la publicación, un funcionario público, por lo que también respecto de ella había un interés eminente en que se difundiera información suficiente, en particular en lo que se refiere a su relación con el entonces Presidente de la Nación y al incremento de su patrimonio por la vía de recibir regalos del Dr. Menem.

Todas estas circunstancias determinan la conclusión de que la información difundida por la revista Noticias era de evidente interés público, por lo que el medio de comunicación, como bien dijeron las víctimas, no sólo tenía el derecho, sino también la obligación profesional de difundir estos hechos, que eran de indudable provecho para la comunidad.

III.3. Desproporción de la sanción.

Respecto de este tema ya nos hemos expedido en el escrito de demanda.

Sin embargo, conviene resaltar aquí la exposición que hizo el Sr. FONTEVECCHIA respecto de las consecuencias financieras que producen en empresas periodísticas de mediano tamaño, como la Editorial Perfil, la promoción de juicios por grandes sumas de dinero, sobre todo si los funcionarios públicos utilizan este recurso como forma de acoso a los medios de comunicación.

En este sentido sostuvo el Sr. FONTEVECCHIA:

"...iniciaban demandas en cadena, en tanto el Presidente, su familia, sus allegados, sus Secretarios, sus Ministros, y acumulaban demandas por cifras muy altas. Esas cifras obligaban a la empresas – Perfil es una empresa que tiene un sistema de contabilidad auditado por una de las principales firmas de auditorías del mundo, y por la Comisión Nacional de Valores, es una empresa que emite deuda pública, y tiene obligaciones de tratamiento contable, que hay que generar una provisión por cada demanda que se realiza. De una demanda iniciada hay que provisionar el 25%, perdida en primera instancia el 50%, y obviamente el 100% perdida en segunda instancia, aunque sea apelada a la Corte Suprema de Justicia. Esto hacía que la acumulación de causas civiles generara un perjuicio que colocaba en la posibilidad de disolución, porque el patrimonio neto podía ser negativo. Era común que el Presidente Menem dijera que había que tocar el órgano más sensible, que era el bolsillo. Entonces, detrás

de esta acción había un plano muy irracional que pretendía debilitar la realización de periodismo independiente.”⁹

Respecto de los efectos de este juicio en particular señaló:

“... Bueno, el primer punto era que nos creaba serios perjuicios de necesidad de capitalizar, porque si no la empresa entraba en patrimonio neto negativo. La Argentina tuvo en el año 2001 el default más grande que haya tenido en la economía moderna, y todas las empresas de la comunicación de la Argentina entraron en alguna forma de chapter 11, se modificó la ley de concursos y quiebras para un sistema de financiación de deudas que Perfil también cayó en esa situación. No podría decir que es solamente por los juicios iniciados por el gobierno, pero obviamente los juicios iniciados por el gobierno fueron parte de nuestra deuda, como de hecho quedó reglamentado en el proceso de renegociación de deuda.”¹⁰

Respecto de los daños que los juicios civiles por montos altos pueden causar a un medio de comunicación, el Sr. FONTEVECCHIA sostuvo:

“...el primer punto que tiene y que ha llevado a la quiebra a empresas. En el caso de Perfil por la diversidad de títulos que Perfil tiene, y por el hecho de que es una empresa de un cierto tamaño, le ha permitido, no sin zozobras, sobrevivirlo. Pero las demandas civiles han obligado a que empresas editoriales cerrasen, o fuesen adquiridas por empresas afines al gobierno. O sea, tiene un efecto contundente en el día a día del periodismo.”¹¹

Por su parte, el Sr. D'AMICO se refirió a estos temas de este modo:

“... Mi sueldo fue embargado, se hizo una demanda, entabló una demanda el Dr. Menem por un millón y medio de pesos. Yo nunca había estado embargado en mi vida, cuarenta años de periodista, embargado. El calificativo de embargado me molestó muchísimo porque yo confieso que al embargado yo lo sentía como alguien que no cumple, como alguien que es un poco haragán con sus deudas o que de alguna manera no cumple con lo que pide la ley o lo que ha acordado hacer con alguien. De modo que verme en los medios de la Argentina como embargado –estuve embargado durante 19 meses–, el trámite del descuento del dinero... La empresa para la que yo trabajaba posteriormente, Noticias, servía como el agente recaudador, de modo que el mecanismo era que me quitaban una parte del sueldo –insisto, durante 19 meses– que después me era repuesto por otro lado. Pero, alguien me pregunto si uno pierde oportunidades laborales estando embargado... Yo creo que no las pierde, pero la gente que a uno lo conoce entiende lo del embargo. Los lectores de los medios que leían eso me imagino que se deben haber quedado, ya se deben haber olvidado de todo pero en este momento se deben haber quedado con una mala imagen de quien dirigía la revista, ¿no? Un hombre que está embargado, algo malo ha hecho ese hombre. Pero la preocupación mayor era la insistencia, insisto, del Dr. Menem en la cantidad de juicios (...) Yo fui querellado por su secretario privado, que se llama Ramón Hernández (...) Un día su abogado nos comunicó que no lo representaba más porque, iniciada la querrela, él había decidido no asistir más a los juicios. Después tuvimos

⁹ Testimonio del Sr. Fontevecchia ante esta Honorable Corte, 24 de agosto de 2011

¹⁰ Ídem

¹¹ Ídem

querellas de ministros del Dr. Menem. Insisto en la cantidad, no para aburrirlos, sino para decirles que no es habitual en una democracia que un Presidente y la gente que rodea al Presidente entable 19 querellas por calumnias, por distintos tipos de delitos contra la misma publicación. Es un hecho yo diría que excepcional."

()

"Bueno, imagino que hacer esa cantidad de demandas contra una publicación no es alentarla a que siga investigando, ni el caso de Menem y el hijo de Menem, ni el caso de nadie. El mensaje, muy claro, es: entablo las querellas y veo qué consigo en la Justicia, tanto en lo penal o en lo laboral, pero por lo pronto en el caso de la editorial que publicaba Noticias tuvo que retener una cantidad de dinero importante para solventar eventualmente si en esos juicios era declarada culpable. Entonces el mensaje claro en este caso a la revista, o a un canal de televisión, o a un diario, cuando se acumula esta cantidad, es el temor en el caso de las querellas penales. Varios periodistas de la revista, y me incluyo entre ellos, a raíz de esta demanda, cada vez que salíamos del país teníamos que pedir autorización. Más de una vez sucedió que el juzgado que había autorizado la salida del país del Presidente, perdón, de un periodista o un enviado especial, se olvidaba de comunicarle a la Aduana, con lo cual este señor, estaba yéndose de trabajo o de vacaciones, cosa que ocurrió, con toda su familia y... "no, el juzgado no avisó, vuelva a casa". No es un mensaje amable de esas querellas, el monto de la querella en este caso por supuestamente..."¹²

Ambos periodistas han relatado a la Corte las consecuencias de un juicio civil de la naturaleza del que nos ocupa.

Resulta indudable el efecto inhibitor o "chilling effect" causado por este juicio, especialmente en el contexto de la promoción de múltiples litigios contra una misma editorial, destacado por ambos periodistas. Por otra parte, como han dejado en evidencia, es claro que cuanto mayor sea el monto de las condenas, mayor será la capacidad de generar un efecto inhibitor sobre la prensa y la ciudadanía en general por parte de quien promueve los juicios.

Conforme veremos con más detalle en los siguientes apartados, en este mismo sentido se ha expresado el Dr. Saba en su dictamen pericial:

" El caso de los regímenes de **responsabilidad civil por daños** se ha constituido en otro ejemplo relativamente novedoso en la experiencia comparada de utilización de una vía indirecta para lograr la censura o silenciamiento, cuya causa estaría () en la **omisión del estado de tomar medidas regulatorias apropiadas**. Ello porque las normas existentes que regulan ese régimen de responsabilidad, de ser abiertas o vagas en relación a cómo deben interpretarse o aplicarse, podrían producir, dada la incertidumbre que generan sobre las eventuales consecuencias de los actos de expresión, efectos inhibitorios a la libertad de expresión ..."¹³

¹² Testimonio del Sr. D'Amico ante esta Honorable Corte, 24 de agosto de 2011.

¹³ Dictamen pericial del Dr. Saba, Pág. 3.

Por lo tanto, entendemos que las consideraciones que habíamos hecho al momento de presentar la demanda se han visto corroboradas y explicitadas mediante el testimonio directo de las víctimas, así como en el dictamen aportado por el perito dispuesto de oficio por el Sr. Presidente de la Honorable Corte.

IV. DEBER DE ADOPTAR MEDIDAS (ART.2 DE LA CADH)

Desde el inicio de esta causa, y en especial al construir el acervo probatorio, hemos incorporado diversos elementos que evidencian que la normativa interna adolece de distintas fallas que contradicen el mandato de la Convención Americana. Por un lado, la amplia discrecionalidad con la que cuenta el juzgador para determinar cuándo la intromisión a la vida privada de una persona es arbitraria y en el mismo sentido, la falta de toda consideración al especial carácter que reviste la información de interés público. Por otro, la ausencia de criterios claros que puedan ser usados para la determinación de los montos de condena en casos en donde se demanda por daño moral por violación del derecho a la intimidad. Muchas de estas deficiencias son producto del texto actual del artículo 1071 bis del Código Civil.

Fue este marco legal el que permitió que los tribunales argentinos (la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Ciudad de Buenos Aires y la Corte Suprema de Justicia de la Nación) pudieran entender que la publicación de una serie de notas, conteniendo información que ya estaba en el dominio público y que era de alta relevancia para toda la sociedad, había constituido una intromisión arbitraria a la intimidad del ex Presidente.

Efectivamente, las sentencias contra los Sres. FONTEVECCHIA y D'AMICO fueron dictadas en aplicación del art. 1071 bis del Código Civil. Dicho artículo establece:

"El que *arbitrariamente* se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación" (las cursivas nos pertenecen)

Respecto de este artículo, el perito de la Corte, el Dr. Saba sostuvo:

"Una legislación mal diseñada por ser muy abierta y vaga, que le deje al juez una amplísima discrecionalidad para tomar su decisión, genera una enorme **incertidumbre** acerca de a) la existencia de daño, b) la identificación de lo que significa un daño, c) la existencia de responsabilidad del que se expresa, y la d) la determinación de la compensación por ese daño"¹⁴.

Es decir, el art. 1071 bis no constituye, en tanto norma que posibilita una restricción a la libertad de expresión, una ley en sentido material. Ello, en tanto permite una amplísima discrecionalidad al juzgador tanto en la interpretación del fondo del asunto que está

¹⁴ Dictamen pericial del Dr. Saba, Pág. 16

considerando, como en la determinación de las eventuales reparaciones. Por todo ello, como detallaremos a continuación, el presente caso evidencia una vulneración al compromiso asumido por el artículo 2 de la CADH.

i) Primera cuestión: la indeterminación de lo que se considera una intromisión arbitraria.

Respecto del primer aspecto, es decir la indeterminación de aquello que se considera intromisión arbitraria, creemos merece ser resaltado lo descripto por el perito Dr. Julio Cesar Rivera (h), quién del artículo mencionado dice:

"Como puede observarse, el artículo presenta un contenido excesivamente vago, limitándose a dar algunos ejemplos de violaciones a la intimidad pero sin detallar en concreto qué conductas se encuentran prohibidas".

Y profundiza respecto de cómo dicha generalidad dificulta resolver una situación de conflictos de derechos, como se da en el presente caso. Sobre el particular, el Dr. Rivera sostiene:

"El artículo no distingue entre funcionarios públicos y personas privadas, y ni siquiera menciona al interés público como causa de justificación. Además, en cuanto considera como violación a la intimidad toda mortificación de los sentimientos de otro, el art. 1071 bis aparece a primera vista como claramente incompatible con un principio fundamental de la libertad de expresión según el cual el Estado no puede prohibir o castigar una determinada idea u opinión porque resulta ofensiva para ciertas personas. Esta vaguedad y excesiva amplitud de la norma es problemática desde la perspectiva de la libertad de expresión porque: a) es susceptible de generar un efecto disuasivo respecto de las actividades expresivas tuteladas constitucionalmente ya que la ley no contiene una advertencia suficientemente precisa respecto de la conducta prohibida y b) puede posibilitar una aplicación selectiva y discriminatoria de la norma".

Lo verificado por los peritos es ratificado por las víctimas del presente caso, en ocasión de dar testimonio, al explicar cómo esta laxitud podía ser utilizada por quienes buscan disuadir a periodistas de que alimenten el debate público. De hecho, el Sr. FONTEVECCHIA, sostuvo:

"Editorial Perfil tuvo 19 juicios (...) El modus operandi era muy claro, iniciaban demandas en cadena, en tanto el Presidente, su familia, sus allegados, sus Secretarios, sus Ministros, y acumulaban demandas por cifras muy altas (...) Esto hacía que la acumulación de causas civiles generara un perjuicio que colocaba en la posibilidad de disolución, porque el patrimonio neto podía ser negativo. Era común que el Presidente Menem dijera que había que tocar el órgano más sensible, que era el bolsillo. Entonces, **detrás de esta acción había un plano muy irracional que pretendía debilitar la realización de periodismo independiente**..."¹⁵

Es decir, la legislación civil, al regular de manera tan amplia lo que considera violación al derecho a la intimidad, sin contemplar siquiera una situación de conflicto de derechos con la

¹⁵ Testimonio del Sr. Fontevicchia ante esta Honorable Corte, 24 de agosto de 2011. El destacado es propio

libertad de expresión, permite no solo que estas demandas puedan iniciarse sin mayores precisiones, sino también que condenas como la aquí recaída, puedan dictarse. El Sr. FONTEVECCHIA debió enfrentar, en sus propias palabras, *"una persecución jurídico económica"*¹⁶. En concreto, el entonces Presidente y sus allegados se valieron de esta regulación normativa en siete oportunidades para iniciar acciones en sede civil. A estas siete demandas civiles se les agregan doce demandas penales, como lo demuestra el cuadro sobre las causas que acompañamos y al que se hiciera referencia en ocasión de la audiencia del pasado 24 de agosto.

Las deficiencias de la legislación argentina quedaron palmariamente evidenciadas en la audiencia de agosto pasado. En esa oportunidad, el perito Saba explicó que efectivamente el derecho argentino contempla la protección del derecho a la intimidad y a la privacidad de aquellas acciones que no pueden tener injerencias de terceros. Pero a continuación puso en evidencia que también debería contemplar adecuadamente la protección de la libertad de expresión.

Y describió el problema de la siguiente manera:

"Lo delicado y complejo de un régimen que proteja la intimidad es que debe hacerlo de forma tal que al mismo tiempo no afecte la libertad de expresión. Cuando están en juego estos derechos hay un conflicto de derechos, y debemos ver cómo resolvemos la regulación que protege ambos derechos, asumiendo algunos riesgos. Vamos a tener que delinear una regla general que proteja la intimidad, por ejemplo, compensando cuando ella es afectada, pero de manera tal que no implique inhibiciones a la libertad de expresión".

Como manifestamos desde el inicio de este caso, la forma en que se protege en el derecho argentino el derecho a la intimidad es a través de este artículo específico – ya mencionado y transcrito–, dentro del régimen general de asignación de responsabilidad por daños. Respecto de este sistema, el Perito Saba, opinó que ***no es el régimen correcto cuando también debe protegerse la libertad de expresión.***

Y fundamentó su posición diciendo:

"...una norma vaga que abra demasiado la discrecionalidad judicial, que además no tenemos una regla de precedentes judiciales, no parece el régimen apropiado de responsabilidad para proteger los dos derechos al mismo tiempo..."

Y profundizó esta idea. A saber:

"A lo máximo que podemos aspirar en el proceso de resolver conflictos de derechos en casos particulares es a tener un estándar legislativo lo más claro posible que le transmita al juez cómo resolver ese conflicto de derechos, por ejemplo, el conflicto de la intimidad y de la libertad de expresión, y por otro lado, un proceso de decisión de casos, que en nuestro caso es el Poder Judicial, que vaya ajustando esa regla general a casos particulares".

....
"La definición de derecho en una cláusula de la Convención, o la definición en una cláusula constitucional, no es suficiente para darle al juez pautas respecto de cómo resolver conflictos de derechos. Lo que

¹⁶ Testimonio del Sr. Fontevecchia ante esta Honorable Corte, 24 de agosto de 2011

estamos diciendo es que una vez que está reconocido ese derecho en la Convención, en la Constitución, o incluso una ley, definido del modo en que lo hacen estas normas, que es un modo amplio, requiere que el juez tenga estándares interpretativos que le permita resolver casos específicos. **Y ése es el estándar que creo, en muchas legislaciones, por ejemplo en el caso que nos ocupa, no está.** (El destacado es propio)

Es decir que tanto la pericia del Dr. Rivera como la del Dr. Saba, así como los hechos objeto del presente caso, probados y relatados por las víctimas en ocasión de ser escuchados en la audiencia, pusieron en evidencia que la laxitud del artículo 1071 bis del Código Civil vulnera el derecho a la libertad de expresión. Lo hace al **no darle al juzgador la manda de que debe analizar específicamente la existencia e implicancias para el derecho a la libertad de expresión en juego, al no determinar más precisamente la conducta prohibida y al permitir una aplicación selectiva y discriminatoria de la norma.**

En este mismo sentido, la Corte Interamericana, en la Opinión Consultiva Nro 5 sostuvo:

" 40 Esta norma precisa que es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información y solamente para lograr fines que la propia Convención señala. Por tratarse de restricciones en el sentido en que quedó establecido (supra 35) la definición legal debe ser necesariamente expresa y taxativa..."¹⁷

La Corte Europea, por su parte, en un fallo citado numerosas veces en forma aprobatoria por la Corte Interamericana, respecto de la necesidad de que las leyes que establecen restricciones sean precisas sostuvo:

"La segunda condición se refiere a que una norma no puede considerarse ley a menos que se formule con la suficiente precisión que permita al ciudadano adecuar su conducta; debe poder prever, rodeándose para ello de consejos clarificadores, las consecuencias de un acto determinado"¹⁸

De manera que, por un lado, la imprecisión de la norma afecta su condición de ley en el sentido de los artículos 13.2 y 30 de la Convención Americana.

Por otra parte, esta misma imprecisión genera una afectación al derecho a la libertad de expresión en tanto el efecto inhibitorio o "chilling effect" al que hemos hecho referencia en la demanda puede provenir tanto de la aplicación de sanciones demasiado elevadas, como de la indeterminación previa a la publicación del alcance de las restricciones; en otras palabras, cuando quien pretende expresarse no puede determinar en forma razonable qué es lo que se encuentra prohibido por la norma que establece la restricción y qué es lo que está dentro del ámbito protegido por la libertad de expresión.

No es difícil advertir que en tales circunstancias el medio de comunicación, o el ciudadano individual, deberá recurrir a la autolimitación o autocensura, a los fines de no exponerse a sanciones legales. Mientras que una norma clara, que establece en forma precisa los límites de las restricciones, permite a la población ejercer el derecho a la libertad de

¹⁷ Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, párr. 40. El destacado es propio.

¹⁸ Corte Europea de Derechos Humanos, "The Sunday Times", sentencia del 26 de abril de 1979, párr. 49.

expresión en la totalidad del ámbito de lo permitido (esto es, lo no restringido), una norma vaga y de interpretación difícil de prever entrega al ciudadano a la autocensura, que, en su incierto proceder, llevará a los individuos y medios cautelosos a optar por el camino seguro: mantenerse bien lejos de la zona restringida, de modo de no dar espacio a que por medio de interpretaciones amplias se consideren abarcadas por la restricción expresiones que, a priori, razonablemente no debían estarlo.

Precisamente, es esta última la situación que presenta la legislación argentina. El artículo 1071 bis del Código Civil es una norma genérica y orientadora, más propia de una Constitución o Convención Internacional que de una norma interna reglamentaria de un derecho humano, que establece restricciones a dicho derecho. Y esto es así porque las normas de las Convenciones o Constituciones no necesitan tener la precisión exigida para la validez de una ley que establece una restricción; por el contrario, basta con que establezcan los principios generales sobre la materia, dejando al legislador interno el espacio necesario y apropiado para realizar su tarea de legislar. Si así no fuera, se privaría a las legislaturas, y a la ciudadanía representada en ella, de su función esencial y natural en un sistema democrático de tomar las decisiones fundamentales vinculadas a los límites concretos que tendrán los derechos humanos, y a la solución que el legislador adopta para la casuística que presenta cada derecho.

La ley que establece la restricción, en cambio, requiere de precisión y debe evitar, en todo cuanto sea posible, ese margen de acción que resulta conveniente en las normas de otra clase de instrumentos legales. Esto no significa que la ley debe poseer precisión absoluta, de modo que su aplicación por el poder judicial derive en una tarea mecánica; pero sí requiere que las decisiones principales y los casos en los que debe restringirse un derecho deban ser decididos por el legislador¹⁹ y deban estar claramente establecidos en la ley.

La referencia de la ley argentina al mero criterio de "arbitrariedad" (el citado Art. 1071 bis dice "*quien arbitrariamente...*") resulta de un vaguedad absoluta, ya que el Juzgador se encuentra con un panorama completamente abierto al momento de establecer el alcance de lo permitido y de lo prohibido. Este amplísimo margen de maniobra que se le otorga al Juez tiene como contrapartida, como contracara de una misma moneda, un enorme marco de imprevisibilidad para quienes pretenden expresarse, lo que, como ya señalamos, conducirá a la indeseada autocensura.

En este sentido, la posición del Estado en el sentido de que el cambio de componentes de la Corte Suprema y la última jurisprudencia dictada por dicha Corte resuelven estos problemas no parece acertada.

En primer lugar, porque la imprecisión excesiva de la ley no puede resolverse por vía jurisprudencial, debido a las dificultades señaladas por los peritos originadas en la falta de obligatoriedad de seguir los precedentes de la Corte Suprema. A ello cabe agregar que los jueces del fuero civil de la república argentina tienen una tendencia a aplicar criterios más vinculados a la reparación de los daños que a la protección de la libertad de expresión, en

¹⁹ Cfr. Corte IDH, *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986

muchos casos prestando poca atención a la jurisprudencia constitucional y a la de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos.

En segundo lugar, porque aceptar el argumento del Estado implicaría desplazar la facultad de restringir los derechos humanos del órgano legislativo al poder judicial, en contradicción con lo claramente establecido por la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva 6 ya citada.

En tercer lugar, porque la jurisprudencia a la que hace referencia el Estado argentino se refiere, en realidad, a criterios jurisprudenciales que tienden a resolver el conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor, cuando se publica información que luego se comprueba errada. En este sentido, la doctrina de la real malicia que menciona el Estado propone estándares de protección a la libertad de expresión vinculados al establecimiento de la carga de la prueba en estas situaciones y a los parámetros con los que se establecerá la eventual antijuridicidad de la publicación, aceptando únicamente como criterios de asignación de responsabilidad el dolo del periodista o la culpa grave (entendiendo por tal que debe acreditarse que el periodista publicó la información errónea sabiendo que era falsa o con notoria despreocupación respecto de la veracidad o falta de veracidad de lo que publicaba)

Se advierte fácilmente que estos criterios jurisprudenciales, que efectivamente dan protección a la libertad de expresión, no resultan aplicables a casos vinculados al derecho a la intimidad, en tanto en estos casos las discusiones no giran en torno a la publicación de datos erróneos, sino en torno a la cuestión de si podía hacerse pública información referida, según se alega, al ámbito privado de una persona. De manera tal que no consideramos correcto el argumento del Estado.

Es más, la situación interna es precisamente la contraria a la que señala el Estado: en el área del derecho a la intimidad no existe legislación precisa que delimite los casos en que la protección de dicho derecho genera una restricción al derecho a la libertad de expresión. Por otra parte, la actual jurisprudencia de la Corte Suprema argentina proviene de los años 80 y, en consecuencia, es la misma que fue aplicada en la sentencia dictada en el caso "Menem c/Perfil", que básicamente indica que el Juez debe determinar caso por caso si el interés público de la información justifica su publicación, sin otra pauta que la ponderación del juez respecto del derecho a la intimidad y el "interés general".

ii) Segunda cuestión: la discrecionalidad para determinar el monto de la reparación del daño causado.

Como sostuvimos en nuestro escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, en el derecho argentino el criterio para establecer el monto indemnizatorio consiste en ponderar el daño sufrido y fijar un monto equivalente²⁰. Dado que en estos casos el criterio es el de la

²⁰ Los artículos relevantes del Código Civil son los siguientes:

Art. 1068. "Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades".

Art. 1069. "El daño comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este código se designa por las palabras "pérdidas e intereses". Los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del

equidad frente a daños inmateriales (daño moral), la justicia tiene absoluta discrecionalidad para asignar el monto de la indemnización.

Si a esto se suma que no es objeto de análisis por parte del juzgador el efecto de la indemnización en el derecho a la libertad de expresión, el terreno para que procedan sanciones civiles tan cuantiosas como la recaída en el caso, es fértil.

Al respecto, sostiene Rivera en su informe:

"El artículo tampoco establece pauta alguna respecto del monto indemnizatorio. Simplemente autoriza a los tribunales a fijar el monto de forma "equitativa". En la mayor parte de los casos, las personas que demandan por violación a la intimidad reclaman únicamente el resarcimiento del daño moral, con sustento en lo establecido en el art. 1078 del Código Civil que prescribe que "la obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende (...) la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima".

Cabe señalar que el daño moral, cuya existencia se presume por parte de los Tribunales, conforme surge de la pericia de Rivera, ha sido definido como:

"cualquier lesión a los sentimientos o afecciones legítimas de una persona o cuando se le ocasionan perjuicios que se traducen en padecimientos físicos o, en fin, cuando de una manera u otra se ha perturbado la tranquilidad y el ritmo normal de vida del damnificado".

En cuanto a la cuantificación del daño moral, como surge de la pericia del Dr. Rivera quien cita jurisprudencia de los tribunales argentinos:

"el juzgador debe sortear la dificultad de imaginar o predecir el dolor que el hecho dañoso produjo en la esfera íntima del reclamante para luego establecer una indemnización en dinero que supla o compense el desmedro injustamente sufrido". En este mismo orden de ideas, se ha sostenido que "para graduar el *quantum* indemnizatorio, es preciso ponderar, entre otros factores, la gravedad de la culpa del autor del hecho, la existencia y cuantía de los perjuicios materiales, las condiciones personales de aquél y de la víctima, etc., factores todos que quedan librados al prudente arbitrio judicial".

A los fines de dar mayor claridad sobre la situación en el derecho argentino, y de ilustrar las afirmaciones del perito, reproducimos a continuación pasajes de dos sentencias que representan las consideraciones rutinariamente incluidas en las sentencias judiciales al momento de mensurar el monto a asignar en concepto de daño moral:

"...No es fácil traducir en una suma de dinero la valoración de las molestias, angustias, incertidumbres o temores padecidos por el afectado. Sólo él puede saber cuánto sufrió, pues están en juego sus vivencias personales () Para estimar pecuniariamente la reparación del daño moral falta toda unidad de

deudor, atenuándola si fuere equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable a dolo del responsable".

Art. 1078. "La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos".

medida, pues los bienes espirituales no son mensurables en dinero. Sin embargo, al reconocerse una indemnización por este concepto, no se pone un precio al dolor o a los sentimientos, sino que se trata de suministrar una compensación a quien ha sido injustamente herido en sus afecciones íntimas (Conf. Orgaz, Alfredo, "El daño resarcible", pág. 187)(...) Si la indemnización en metálico no puede por sí restablecer el equilibrio perturbado del bienestar de la víctima, puede sin embargo, procurarle la adquisición de otros bienes que mitiguen el daño (Conf. Fischer, Hans A., "Los daños civiles y su reparación", pág. 228)." ()

Por otra parte, la determinación del daño moral no se halla sujeta a parámetros objetivos, pues las aflicciones se producen en el ámbito espiritual de la víctima, por lo que su valoración debe efectuarse según la cautelosa discrecionalidad del juzgador ceñido a considerar la situación personal de aquélla (arts 163, inc. 5°, 165, 386, 456, 477 y concs., Cód. Procesal Civil y Comercial, arts 1078, 1083 y concs., Cód. Civil) (conf. esta sala, 18/10/2002, "Suraniti, Juan S c Ranz, Mónica A. y otro", DJ 2003-1, 247; id 07/11/2007, "Conti, María Elvira c. Autopistas del Sol S.A. y otros s/daños y perjuicios", La Ley Online, id "Mora de Zabala, Ana c. Lucero, Alberto s/daños y perjuicios", 18/07/2008, ED Digital, (23/09/2008, Nro 18251; id "Martínez, Adriana Edith c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/daños y perjuicios", 23/06/2008, ED Digital, (04/09/2008, Nro 04/09/2008) () Además, la indemnización por este concepto tiene carácter autónomo y no tiene por qué guardar proporción con los daños materiales (conf. esta Sala, 01/03/2000, "Zalazar, Mario A. c. Transporte Metropolitanos General Roca S.A.")," ²¹

En otra sentencia se sostuvo:

" El daño moral constituye, pues, lesión a intereses morales tutelados por la ley, y si bien resulta difícil valorar tal menoscabo, ello no significa que el dolor y las aflicciones no sean susceptibles de apreciación pecuniaria. En tal caso, la indemnización monetaria cumple una función reparadora o de satisfacción, aun cuando no se puedan borrar los efectos del hecho dañoso. (Conf. Mazeaud, Lecciones de Derecho Civil, 2 parte, vol. II, pág. 72, Von Thur, Tratado de las Obligaciones, T I, pág. 99, núm. 15; Salvat-Galli, Obligaciones en General, T I, pág. 215, núm. 187; Cazeaux-Trigo Represas, Derecho de las Obligaciones, T I, pág. 371; Busso, Código Civil Anotado, T III, pág. 414; Orgaz, El daño resarcible, pág. 230, núm. 57, Colombo, En torno de la indemnización del daño moral, La Ley 109-1173; Brebbia, El resarcimiento del daño moral después de la reforma, E D. 58-230, Bustamante Alsina, Teoría General de la Responsabilidad Civil, núm. 509, Mosset Iturraspe, Reparación del daño moral, J A. 20-1973-295, Zannoni, El daño en la responsabilidad civil, pág. 321 y ss)." ²²

El propio caso que nos ocupa es demostrativo de esta amplia discrecionalidad con la que cuentan los jueces al momento de establecer el monto indemnizatorio por daño moral: en ninguna de las sentencias de los tribunales argentinos se hace siquiera una mínima mención a criterio alguno utilizado para determinar el monto de \$150.000 primero y \$60.000

²¹ Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala G, Expte: "Lovey, Diana Beatriz c/ Taglioretti, Gustavo Daniel y otros s/ daños y perjuicios", sentencia del 1 de marzo de 2011

²² Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala K, Expte: "N., M. contra GP Producciones S.A. y otros s/ daños y perjuicios", sentencia del 29 de abril de 2011

después, a favor del ex Presidente.

La consulta de las sentencias antes mencionadas demuestra que los propios jueces asumen la función de fijar el monto de la indemnización como una actividad discrecional, desvinculada de parámetros objetivos.

Por otra parte, rige en la jurisprudencia argentina el criterio según el cual toda afectación al honor o a la intimidad de una persona causa un daño, que no requiere comprobación sino que se presume de la propia naturaleza de los hechos. A modo de ejemplo, transcribimos un pasaje de una sentencia que recoge los criterios usualmente utilizados por la jurisprudencia argentina:

"El daño moral se halla acreditado por la existencia misma de la acción antijurídica. Como expresa Orgaz, es una prueba "re ipsa", como suele decirse, esto es, que surge inmediatamente de los hechos mismos (Autor citado, El daño resarcible, pág. 259 y ss). Concuerda Brebbia que siendo el agravio moral la consecuencia necesaria e ineludible de la violación de alguno de los derechos de la personalidad del sujeto, la demostración de la existencia de dicha transgresión importará al mismo tiempo, la prueba de la existencia del daño moral (Autor citado, El daño moral, pág. 85 y ss.). Esta presunción surge claramente en los delitos contra el honor (Kemelmajer de Carlucci, Código Civil Comentado, dirigido por Belluscio, T 5, pág. 114 y ss). (...)

*En este sentido también se ha resuelto que la sola comisión del ilícito permite presumir la existencia del daño moral, salvo prueba en contrario, pues el mismo se configura "in re ipsa". La injuria, por su índole, importa una lesión que afecta la integridad moral y espiritual del acusado, y un cuando se probara que la publicación no produjo desmedro de la buena fama, siempre quedaría el dolor y menoscabo que la actora sufrió en su dignidad (C.N.Civ. Sala E, set 12-1997, voto Dr. Dupuis, Faiad, Zulma, c. Casanova Ana M. J.A. 1998-IV-290) y que el daño moral padecido en casos de lesión a los derechos personalísimos surge "in re ipsa", correspondiendo a la responsable la destrucción de tal presunción a través de prueba de alguna situación objetiva que la excluya (C.N.Civ. Sala J, 1999/02/19, La Ley 2000-B-410) (...). Dicho en otras palabras el daño moral se define por la actividad dañosa y no por un resultado distinto, implica reconocer el "res ipsa loquitur" todo ataque a la persona le inflige a ella un daño por el ataque mismo. Porque el agravio no se predica en razón de frustración de medios sino por el menoscabo a la persona que es, como tal, un fin en sí misma (Zannoni, El daño en la responsabilidad civil, pág. 295)..."*²³

Lo que resulta de mayor relevancia en este caso, es que el hecho de que en el caso se vea comprometida la libertad de expresión no modifica los criterios aplicables. La regla a aplicar, de conformidad con la jurisprudencia vigente, es: (1) el daño moral se presume, salvo prueba en contrario, por la mera constatación de la producción del hecho antijurídico; (2) debe repararse la totalidad del daño causado (generalmente tenido por cierto sólo debido a dicha presunción); (3) en cuanto se trate de daño moral, el Juez

²³ Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala G, Expte: "Lovey, Diana Beatriz c/ Taglioretti, Gustavo Daniel y otros s/ daños y perjuicios", Op. Cit

deberá estimar prudencialmente el daño, sin parámetros objetivos, atendiendo primordialmente a reparar los padecimientos sufridos mediante las compensaciones que una suma de dinero pueda ofrecer.

De modo tal que al establecer la existencia misma del daño y el monto indemnizatorio a asignar, el eventual efecto que la asignación de un monto elevado pueda tener sobre la libertad de expresión y el debate propio de una sociedad democrática en general no jugará ningún papel dentro de la estructura lógica del fallo judicial, que estará circunscripta a la estimación del daño y de la suma de dinero que pueda propiciar su compensación.

A lo que venimos diciendo conviene agregar una última reflexión

Habitualmente las expresiones que pueden afectar ilegalmente el honor o la intimidad de las personas públicas se producen en un contexto en el cual, en el marco de artículos o notas periodísticas que contienen crónicas, expresiones, u opiniones críticas respecto de un funcionario público, se introducen afirmaciones de hecho falsas o sobre asuntos vinculados con la vida privada que podrían generar responsabilidad. Resulta claro que si no se reclaman pruebas de daños materiales concretos, sino que simplemente se presume la existencia de los daños por la naturaleza misma de los hechos, será imposible para el Juez discernir qué porción de la aflicción que presume que ha sufrido el reclamante proviene de la crítica legítima, que debe ser tolerada y bienvenida, y qué porción proviene de las expresiones que excedieron el ámbito de lo permitido.

Al respecto, debe tenerse presente que toda crítica, aún la que es formulada dentro de lo que la ley permite, generará disgusto y aflicción en la persona criticada. Y cuanto más eficaz sea la crítica mayor será la afectación a la reputación del criticado, y su consiguiente aflicción.

La pretensión de que el Juez pueda determinar prudencialmente (sin contar con ningún elemento de prueba en esta tarea) cuál es la porción de dicha aflicción que deriva de las expresiones que considera ilegales, y qué cantidad de dinero corresponde asignarle al funcionario a los fines de que compense esa "porción" de sus sufrimientos con la adquisición de bienes o de gratificaciones, importa asignar un margen enorme de discrecionalidad a la judicatura, sin dar garantías de ninguna especie respecto de la proporción que debe existir al momento de establecer la magnitud de las restricciones a la libertad de expresión.

Por lo tanto, ha quedado demostrado que ni la ley vigente, ni la jurisprudencia arraigada, incorporan en forma efectiva dentro del ordenamiento jurídico el criterio de proporcionalidad de los montos de asignación de responsabilidades ulteriores. Por el contrario y citando nuevamente a Rivera, en Argentina actualmente "es doctrina aceptada que corresponde imponer una responsabilidad más severa a quienes hacen de la actividad informativa su profesión y que, por ende, se encuentran en mejores condiciones para prever y evitar daños a la intimidad ajena (doctrina art. 902 C.Civ.)".

Finalmente, cabe señalar que el riesgo de enfrentar una demanda como esta no se limita a tener que enfrentar un cierto monto de condena. Como bien señala la pericia del Dr. Rivera, en el régimen procesal argentino, la parte vencida en el juicio debe pagar todos los

gastos de la contraria (art. 68 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)²⁴, con más los intereses²⁵, con lo que "la suma total que puede terminar pagando un medio de prensa o un periodista puede ser más del doble del monto fijado en concepto de indemnización de daño moral".

Además, a todo esto puede sumarse, tal como lo establece expresamente el art. 1071 bis del Código Civil, la condena a publicar la sentencia²⁶, lo que puede representar un monto significativo, incluso superior al monto fijado en concepto de resarcimiento por daño moral.

iii) La colisión del art. 1071 bis y de la regulación de la asignación de compensaciones por daños del Código Civil argentino con lo exigido por el art. 13.2 de la CADH, en vulneración con el art. 2 de la CADH.

Por todo lo señalado, se puede concluir que el artículo 1071 bis del C.C. no cumple con los requisitos mínimos para ser considerado una restricción legítima a la libertad de expresión. Así lo establece, de manera contundente, el Dr. Saba en su pericia:

"El lenguaje vago del artículo 1071 del Código Civil deja al funcionario judicial una amplitud de discreción interpretativa que no es admisible en ninguna tradición jurídica que hubiera adoptado el principio de legalidad, central en un estado de derecho. El artículo 1071 bis se refiere al potencial daño ocasionado como el resultado de expresiones que hubieren perturbado "de cualquier modo su intimidad" para luego dar al juez una facultad prácticamente sin límites al momento de estimar la cuantía de la compensación por el daño producido, estableciendo que se deberá "pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias". Finalmente, la norma argentina también ha dejado librada a la discreción del magistrado la decisión de, a pedido del agraviado, "ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar", lo cual, en algunos casos, de consistir en la publicación del medio impreso de mayor circulación del país, pondría también en cabeza del sujeto que ejercicio la libertad de expresión, una responsabilidad ulterior de costos ingentes."²⁷

Esta indeterminación funciona –adicionalmente– como un efecto inhibitorio de la libertad de expresión, tal como lo sostiene el perito Saba:

"una legislación que establezca un régimen de responsabilidad por daños que se encuentre diseñada de forma tal que deja una amplísimo margen de discrecionalidad al juez para tomar decisiones y asignar responsabilidades,

²⁴ Ello incluye –especialmente– los honorarios de los abogados de la otra parte cuya regulación es realizada por el tribunal de conformidad con las pautas establecidas legalmente que, en los tribunales nacionales y federales, es de: a) por la labor desarrollada en Primera Instancia, entre el 11 y 20% del monto del proceso (art. 7 ley 21.389) y b) por la labor desarrollada en segunda instancia, del 25% al 35% de la cantidad que debe regularse para Primera Instancia (art. 14 de la ley 21.839)

²⁵ Calculada de conformidad con la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina a computar de la fecha del hecho, lo que representa una tasa nominal anual de aproximadamente 18%

²⁶ Véase, por ejemplo, Cámara Nacional de Apelaciones, Sala H, 8/11/2002, "G., A. R. c/ G. V.", LL 2003-A-153

²⁷ Dictamen pericial del Dr. Saba, pág. 18.

genera una incertidumbre tal que conduce a que una persona prudente se inhiba de ejercer su derecho a la libertad de expresión por miedo a los riesgos desconocidos y eventualmente graves que correría si fuera hallado responsable de haber ocasionado daños a terceros”²⁸

En esto, coincide también el Dr. Rivera en su pericia, quien sostiene que

“ Las condenas civiles –como ha sido observado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos– pueden también generar un efecto intimidante e inhibitorio para el ejercicio de la libertad de expresión cuando se fijan montos indemnizatorios desproporcionados con el daño efectivamente causado...”

Es decir, han sido concluyentes ambos peritos en evidenciar que estas indeterminaciones funcionan como “chilling effect”, y por lo mismo deben ser modificadas, teniendo en cuenta la manda de esta Honorable de Corte de revertir cualquier ejercicio de censura, aunque funcione de manera indirecta.

Específicamente, el Dr. Saba sostiene:

“La prohibición de restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos implica que los estados deben, según los requerido por el artículo 2 de la Convención, tomar medidas tendientes a evitar que informaciones, ideas u opiniones no lleguen al debate público debido a que ellas se encuentren con un obstáculo evitable por parte del estado, ya sea por acción o por omisión”.

(...)

El estado democrático, sobre todo si se sometió a las obligaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, debe tomar las medidas necesarias, como por ejemplo las reclamadas por el Art. 2 de la Convención, **para impedir la incertidumbre que produce efectos inhibitorios para el ejercicio de un derecho como la libertad de expresión, que es precondition del sistema político democrático.** De este modo, debe asegurar que las regulaciones que rigen las decisiones de los funcionarios públicos cierren los margen de discreción estatal...”²⁹

En el caso que nos ocupa este mensaje inhibitorio caló profundo. Lo hizo incluso en dos personas de larga trayectoria, que dedicaron su vida al periodismo de investigación, como han descripto a la Ilustre Corte en primera persona los Sres FONTEVECCHIA Y D’AMICO.

Al prestar testimonio, el Sr. FONTEVECCHIA relató cómo - ante las reiteradas denuncias - los directores financieros de la editorial le reclamaron *“cambiar de política porque la empresa así era in sustentable”*³⁰. Y aseveró que esto sucedía con otros medios también. El Sr. D’AMICO por su parte, manifestó que era clara la intención que había detrás de los procesos judiciales: *“imagino que hacer esa cantidad de demandas contra una publicación no es alentarla a que siga investigando, ni el caso de Menem y el hijo de Menem, ni el caso de nadie”*³¹.

²⁸ Ídem, pág. 14.

²⁹ Dictamen pericial del Dr. Saba, pág. 8.

³⁰ Testimonio del Sr. Fontevecchia ante esta Honorable Corte, 24 de agosto de 2011.

³¹ Testimonio del Sr. D’Amico ante esta Honorable Corte, 24 de agosto de 2011.

Para revertir esto, es necesaria una reforma legislativa. Creemos fundamental que el Estado adopte disposiciones que protejan a las víctimas de este caso, pero también a las eventuales víctimas de futuros casos similares. Debido a la legislación vigente, muchas personas pueden ver vulnerado su derecho a la libertad de expresión por la aplicación de una legislación que permite que cada juzgador, primero establezca responsabilidades ulteriores discrecionalmente y luego, determine montos que buscan ser reparatorios — aunque tengan un pretendido efecto disuasivo— sin ningún criterio verdaderamente orientador.

Es decir, debemos procurar no sólo que casos como estos no vuelvan a repetirse sino también que las personas bajo la jurisdicción del Estado argentino, no se vean disuadidos de abonar al debate con información de relevancia pública por temor a consecuencias como las que atravesaron las víctimas de este caso.

Naturalmente, junto con la condena a modificar la legislación, es igualmente imprescindible que la Honorable Corte Interamericana establezca estándares lo más precisos posible, respecto de la forma en que deben resolverse los casos en los que se produce una tensión entre los derechos protegidos por los artículos 11 y 13 de la Convención Americana. Resulta claro que aún cuando la legislación aplicable sea de gran claridad y precisión, siempre habrá en este tipo de casos márgenes interpretativos considerables, y la existencia de estándares claros y precisos, apoyados por fundamentos convincentes provenientes de la Corte Interamericana, sería un elemento invaluable y esencial a los fines de garantizar que en dicha tarea los jueces protejan adecuadamente ambos derechos.

Pero es evidente que la existencia de una ley clara, que prevea las restricciones a la libertad de expresión en forma concreta y taxativa, es una *conditio sine qua non* para la validez misma de las restricciones, y es, por otro lado, el único elemento capaz de asegurar que la judicatura asignará la importancia debida a la protección del debate público abierto y sin cortapisas, propio de una sistema democrático de gobierno.

Por ello, es imperioso que se ordene un rediseño del sistema normativo de responsabilidad civil por daños en casos vinculados al ejercicio de la libertad de expresión, restringiendo así, en palabras del Dr. Saba, el "amplísimo margen de discrecionalidad"³² con el que cuentan hoy los jueces argentinos.

* * *

En este orden de ideas, como ha surgido con precisión durante este proceso y específicamente en los dictámenes periciales de los Dres. Rivera y Saba, para que los criterios tendientes a reducir el marco de incertidumbre que actualmente caracteriza a la legislación argentina se conviertan en regla - en tanto nuestro sistema jurídico no

³² Palabras del Dr. Saba en la audiencia del 24 de agosto de 2011

contempla la regla del precedente -, deben incorporarse específicamente a la regulación del Código Civil argentino.

La necesidad de que estos límites estén expresados en marcos normativos es explicada por el Dr. Rivera, cuando sostiene:

"Los tribunales civiles argentinos no tienen en cuenta el estándar de proporcionalidad a los fines de cuantificar el daño moral. En virtud de las características del sistema constitucional argentino –aplicación del Código Civil por parte de jueces de jurisdicciones diferentes e inexistencia de efectos vinculantes de la jurisprudencia de la Corte Suprema–, la mejor forma de implementar estándares constitucionales o de derechos humanos es a través de la legislación porque ésta es la única vía que asegura una aplicación más uniforme y general de dichos estándares por parte de los tribunales "

Y agrega:

"En un sistema jurídico como el argentino en donde la principal fuente formal de derecho es la ley y en donde ni siquiera la jurisprudencia de la Corte Suprema tiene efectos vinculantes, resulta peligroso mantener vigente esta clase de normas vagas y excesivamente amplias "³³

Esto es muy importante ya que dadas las características del sistema de justicia civil de nuestro país, una reforma normativa de la ley de fondo es la única forma de garantizar la adopción uniforme de parámetros que se ajusten al texto de la Convención Americana.

El fundamento de esto es explicado por el Dr. Rivera en su pericia, cuando manifiesta:

"el Código Civil –que regula las acciones de resarcimiento por violación de la intimidad en su artículo 1071 bis– es dictado por el Congreso de la Nación, pero es aplicado en principio por jueces provinciales, salvo que por razón de persona o lugar correspondiese la competencia federal. Estos jueces provinciales son electos y removidos de conformidad con lo regulado por las leyes locales de cada provincia. Éste es un dato relevante porque los problemas que plantea el sistema discrecional de cuantificación del daño – que explico en los apartados siguientes– pueden potenciarse en algunas provincias argentinas en donde no hay una tradición de independencia del Poder Judicial".

A pesar de esto, el Estado argentino entiende que debido a ciertos cambios jurisprudenciales, "bien pueda considerarse que hoy en día el régimen jurídico de la responsabilidad civil en relación al derecho a la libertad de expresión se encuentre regulado de modo compatible con los estándares internacionales aplicables a la materia". Distintas afirmaciones en la pericia del Dr. Rivera controvierten esto.

Primero, respecto al aspecto más general, relativo al valor de las sentencias de la Corte Suprema en nuestro país, el Dr. Rivera en su pericia, establece:

"La Corte Suprema argentina no concibe a sus fallos como una regla de derecho; o sea, como la norma aplicable al caso concreto. Por el contrario, la doctrina de la Corte parte de la premisa de que sus fallos no son plenamente

³³ Cfr. Pericia del Dr. Rivera (h)

obligatorios; es decir, no constituyen una regla de derecho que los jueces inferiores deban aplicar a los casos análogos³⁴. En este sentido, la Corte Suprema argentina ha sostenido que "las sentencias de la Corte sólo deciden en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos".

La única carga que tienen los tribunales inferiores es "aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal en su carácter de intérprete supremo de la constitución y de las leyes dictadas en su consecuencia". Como ha sido observado por la doctrina argentina, "el estándar propuesto por la Corte es fácilmente superable pues, generalmente, con el dictado de una sentencia ni la Corte ni un juez agotan la cantidad de razones en la que basan su decisión. Por lo tanto, ello generará el espacio suficiente como para la explicitación de 'nuevas' razones por parte de los tribunales inferiores, quienes, entonces, se encontrarán habilitados para fallar el caso en sentido contrario al precedente que rige la cuestión".

Respecto de las cuestiones más particulares, entendemos que las enumeraciones de la forma en que no se aplican muchos de los antecedentes jurisprudenciales mencionados por el Estado en su responde, son suficientes para demostrar lo que sostenemos desde el principio en nuestra denuncia: la forma adecuada para que esto se vea efectivizado es que sea contemplado en una norma sustantiva. En palabras de Rivera:

"la forma más eficiente de implementar estándares constitucionales o de derechos humanos es a través de la legislación porque es la única vía que asegura una aplicación general y uniforme de dicho estándar por parte de los tribunales".

Por último cabe hacer una mención relativa a la manifestación que realiza el Estado argentino en el anexo a la contestación de demanda, cuando pretende contrarrestar nuestra pretensión sobre la violación al deber de adoptar medidas. Sostiene entonces que la Honorable Comisión Interamericana de Derechos Humanos no ha entendido que los hechos de este caso demuestren una vulneración del artículo 2 de la CADH.

Sin embargo, nos permitimos resaltar aquí que, luego de producirse toda la prueba y en ocasión de la audiencia, la Comisión ha revertido esta postura. Tanto es así que al momento de finalizar sus consideraciones finales sobre el caso, la Relatora Especial para la Libertad de expresión, sostuvo:

"En último lugar, me voy a referir a un tema que ha sido motivo de discusión en el día de ayer y de hoy: la importancia de regulaciones adecuadas en la legislación civil para que al mismo tiempo puedan proteger bienes valiosos, como la intimidad o el honor o la honra, pero que no generen un efecto intimidatorio y desproporcionado sobre el derecho a la libertad de expresión en su dimensión individual y colectiva (...) me refiero a la enorme ambigüedad de las leyes que regulan estos temas (...) consideramos que *un régimen de esta naturaleza, un régimen ambiguo genera una enorme incertidumbre y consideramos que la incertidumbre solo genera autocensura, y que la autocensura es mala para todos. Es mala para el gobierno y es mala para la sociedad política...*" (El destacado es propio)

³⁴ Cfr. Rivera (h), Julio César y Legarre, Santiago, "La obligatoriedad atenuada de los fallos de la Corte Suprema y el stare decisis vertical", La Ley 2009-E-820

La propia Corte IDH, a la luz del referido artículo 2, ha dicho que la adecuación del ordenamiento jurídico interno, y de todo el aparato gubernamental, implica, por un lado, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención; por el otro, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías³⁵. Por lo tanto, entendemos fundamental que la Honorable Corte se expida al respecto y que declare que el Estado argentino ha violado el artículo 2 de la Convención Americana y oportunamente se lo condene a modificar la legislación vigente.

V. REPARACIONES

V. A. Obligación de reparar.

La Honorable Corte ha establecido, en numerosas oportunidades, que al tener lugar un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad internacional por la violación de la norma de que se trata, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación. Estamos aquí ante uno de los principios fundamentales del actual derecho de gentes, receptado por el artículo 63.1 de la Convención Americana.

El derecho a obtener reparación abarca todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima, y comprende, "por una parte, medidas individuales de reparación relativas al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación y, por otra, medidas de alcance general, como medidas de satisfacción y garantías sobre la no repetición"³⁶. En este orden de ideas, frente a la existencia de violaciones a los derechos consagrados en la Convención, como aquellas que han tenido lugar en este caso y considerando el derecho de las víctimas, el tenor de las violaciones y de sus consecuencias, así como el objetivo de evitar y prevenir futuras violaciones, es preciso que se condene al Estado argentino a cumplir con medidas de reparación que permitan compensar los daños sufridos, así como garantizar que violaciones de esta especie no volverán a ocurrir.

En consideración a la naturaleza del caso, a continuación desarrollaremos las medidas que entendemos deben ser satisfechas por el Estado argentino para cumplir con la reparación integral en favor de las de los Sres. Fontevecchia y D'Amico. Ellas comprenden tanto medidas de compensación, que incluyen la indemnización y el pago de gastos y costas, como medidas de satisfacción y garantías de no repetición.

³⁵ Corte IDH, Caso Almonacid Arellano, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 118; Caso Ximenes Lopes, sentencia de 4 de julio de 2006, párr. 83; Caso Gómez Palomino, sentencia de 22 de noviembre de 2005, párr. 91; Caso de la "Masacre de Mapiripán", sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 109.

³⁶ En este sentido, véase Naciones Unidas, Informe definitivo presentado por Theo VAN BOVEN, Relator Especial para la Restitución, Compensación y Rehabilitación de las Víctimas de Graves Violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Humanitario, E/CN.4/Sub2/1990/10, 26 julio de 1990. En opinión del Relator, estas medidas comprenden: la cesación de las violaciones existentes, la verificación de los hechos, la difusión pública y amplia de la verdad de lo sucedido, una declaración oficial o decisión judicial restableciendo la dignidad, reputación y derechos de la víctima y de las personas que tengan vínculo con ella, una disculpa que incluya el reconocimiento público de los hechos y la aceptación de la responsabilidad, la aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones, la prevención de nuevas violaciones, etc. Véase también: Corte IDH, "Caso Blake", Reparaciones, Sentencia del 22 de enero de 1999, párr. 31.

i. Daños materiales.

El daño material hace a la pérdida o detrimento de los ingresos, los gastos realizados en virtud de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con las violaciones³⁷. Según ha establecido la Corte, el daño material, abarca tanto el daño emergente como el lucro cesante

En función de los hechos objeto del presente litigio, y la magnitud del perjuicio sufrido por los Sres. FONTEVECCHIA y D'AMICO consideramos que, al momento de ordenar la reparación de los daños materiales, la Corte debe tener en cuenta los siguientes rubros:

- *Los gastos incurridos en el trámite del proceso judicial interno.*

Tras la sentencia condenatoria contra Jorge FONTEVECCHIA y Héctor D'AMICO se inauguró el proceso de ejecución. Las víctimas del presente caso debieron abonar en virtud de una sentencia absolutamente ilegítima y violatoria del derecho a la libertad de expresión una suma total de **\$ 244.323,25**. Este monto suma la condena original de \$ 60.000, los montos ejecutados en concepto de intereses y costas (de \$ 138.574,75) y el reintegro de la tasa de justicia (\$ 105.808,50)³⁸.

Para la fecha en que fuera inaugurada la instancia de ejecución de sentencia, la justicia ya había ordenado la apertura del concurso preventivo de acreedores de la EDITORIAL PERFIL S.A.³⁹, situación que conforme veremos a continuación, implicó consecuencias diferentes para cada una de las víctimas del presente caso.

- Para el Sr. FONTEVECCHIA

En fecha 7 de mayo de 2002⁴⁰, cuando se dispuso la ejecución de la sentencia por la acción de daños y perjuicios a favor del ex presidente de la Nación, Carlos Menem, la medida de embargo ejecutivo que recaía sobre la víctima —Jorge Fontevecchia— fue levantada en función de que se refería a “bienes que resultan indispensables para la continuidad del giro habitual de su negocio”⁴¹, en aplicación de la ley 25.563⁴².

³⁷ Corte IDH, Caso Ximenes Lopes, ya citado, párr. 220; Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya, sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 216.

³⁸ La documentación que acredita este monto se encuentra en el Anexo 6 f) de la comunicación de fecha 5 de mayo de 2009, señalado como anexo 1 del Informe de Fondo 82/10 de la CIDH.

³⁹ Juzgado de Primera Instancia en lo Comercial N° 17, “Editorial Perfil S.A s/ concurso preventivo”.

⁴⁰ Ver anexo 6 letra b) de la documentación que fuera adjuntada en la comunicación de fecha 5 de mayo de 2009, que corresponde a la presentación de la defensa en donde hace saber al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil N° 36 que en febrero de 2002 fue abierta la convocatoria preventiva a acreedores en virtud de cuya medida el magistrado actuante ordenó traslado a la sindicatura y acreedores embargantes del pedido de levantamiento de los embargos, señalado como anexo 14 del Informe de Fondo 82/10 de la CIDH.

⁴¹ Ver a este respecto Anexo 6 letra a) de la documentación que fuera adjuntada en la comunicación de fecha 5 de mayo de 2009, señalado como anexo 13 del Informe de Fondo 82/10 de la CIDH.

⁴² Ley que reforma la ley de concursos y quiebras en atención a la situación que atravesaba el país.

Finalmente, el ex Presidente, se presentó en la convocatoria de acreedores a los efectos de verificar su crédito, el que se redujo a cobrarse de la EDITORIAL PERFIL la suma de \$ **105.808,50** en concepto de reintegro de tasa de justicia.

- Para el Sr D'AMICO

Puesto que, con excepción de la suma correspondiente a la tasa de justicia, la condena no pudo cobrarse del acervo patrimonial de la empresa EDITORIAL PERFIL, su cobro recayó en el co-demandado Héctor D'AMICO ya que, según el Código Civil de la Nación Argentina, en los delitos y cuasi delitos la responsabilidad es de naturaleza solidaria. Es decir, la circunstancia de que uno de los co-demandados se encuentre concursado implica que el acreedor puede exigir el pago de la deuda contra cualquiera de los otros deudores⁴³.

En fecha 22 de octubre de 2003, la justicia ordenó ejecutar la sentencia hasta hacer "íntegro pago a la ejecutante de las sumas adeudadas, con más sus intereses y las costas de la ejecución"⁴⁴. En virtud de ello, el 18 de febrero de 2004 fue librado un oficio, al entonces empleador de D'AMICO, el Diario La Nación. D'AMICO sufrió un gravamen por un monto total \$138.514,75 (pesos ciento treinta y ocho mil quinientos catorce con 75/100) en concepto de Embargo ejecutivo, desde el mes de marzo de 2004 hasta el mes de noviembre de 2005 inclusive.

En virtud de lo hasta aquí expuesto, solicitamos a la Corte que ordene la reparación a las víctimas por el daño material sufrido.

A los fines de establecer el valor actual de estos montos deben considerarse diversos factores: en primer lugar, el proceso inflacionario vigente en la República Argentina, y las controversias referidas a la real tasa de inflación existente; en segundo lugar, el llamado "atraso cambiario", que en los hechos significa que desde que se abonaron estas sumas de dinero la inflación interna fue más alta que la suba del precio del dólar estadounidense, por lo que la conversión a dólares del dinero implicaría obligar a las víctimas a recibir una suma de dinero inferior a la que corresponde, medida en poder adquisitivo interno; en tercer lugar, las soluciones que la jurisprudencia local ha concebido para resolver este problema.

Ante todo, manifestamos que en este punto nuestra pretensión, para decirla con palabras de la Corte Suprema de Justicia argentina, consiste en obtener un monto que represente el crédito actualizado con un interés que no trascienda los límites de la moral y las buenas

⁴³ Art 705 del Código Civil Argentino: "Art. 705. El acreedor, o cada acreedor, o los acreedores juntos pueden exigir el pago de la deuda por entero contra todos los deudores solidarios juntamente, o contra cualquiera de ellos. Pueden exigir la parte que a un solo deudor corresponda. Si reclamasen el todo contra uno de los deudores, y resultase insolvente, pueden reclamarlo contra los demás. Si hubiesen reclamado sólo la parte, o de otro modo hubiesen consentido en la división, respecto de un deudor, podrán reclamar el todo contra los demás con deducción de la parte del deudor libertado de la solidaridad".

⁴⁴ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 36, causa "Menem Carlos Saul c/ Editorial Perfil S.A. s/ daños y perjuicios – incidente de la Actora", de fecha 22 de octubre de 2003.

costumbres⁴⁵.

Si bien no desconocemos que se trata de un crédito originado en el derecho internacional, y que como tal se rige por las normas del derecho internacional, entendemos que dada la particular situación que se vive en nuestro país respecto de estas variables económicas, el criterio de actualización de los créditos que propondremos resultará equitativo para las partes. Por otra parte, es el criterio al que deben someterse todos los litigantes en el fuero civil de la Capital Federal en sede interna.

De conformidad con lo antes expuesto, y más allá de que consideramos que redundará en un leve perjuicio para esta parte, estimamos que a los fines de actualizar estas sumas lo más razonable es atenerse al criterio de actualización establecido por la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal en el fallo plenario "Samudio de Martínez, Ladisla c/ Transportes Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios", del 20 de abril de 2009⁴⁶. Ello en tanto en dicho fallo plenario se ha discutido detalladamente esta problemática y, por otra parte, en tanto se trata de jurisprudencia de aplicación obligatoria del fuero donde tramitó la causa en sede interna⁴⁷.

Consecuentemente, y de conformidad con lo que se resolvió en dicho fallo plenario, solicitamos que a los fines de actualizar los montos se aplique la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. Dicha tasa se aplicará desde la fecha de cada uno de los pagos realizados por las víctimas al ex presidente Carlos Menem, y hasta la fecha del efectivo pago de lo que la Corte interamericana ordene en este concepto.

▪ *Lucro cesante.*

El lucro cesante —entendido como la pérdida de ingresos económicos o beneficios que se han dejado de obtener en ocasión de un hecho determinado y que es posible identificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos⁴⁸— constituye otro de los aspectos a ser tenidos en cuenta por esta Honorable Corte.

En el caso de FONTEVECCHIA la pérdida de ingresos económicos se produjo por dos razones. En primer lugar, sus posibilidades de desarrollo se vieron mermadas porque la condena disminuyó su capacidad para iniciar nuevos emprendimientos económicos, dado que es un reconocido empresario del mundo editorial- periodístico. En segundo lugar, al

⁴⁵ Cfr. Sentencias publicadas en la colección de Fallos en el Tomo 318, pág. 1345 y en el tomo 320, pág. 158.

⁴⁶ El texto íntegro del fallo plenario, con una profunda discusión de la situación, puede consultarse en <http://www.cpacf.org.ar/fallos/Plenario%20Samudio.pdf>

⁴⁷ La obligatoriedad de los fallos plenarios proviene del artículo 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que dice: "OBLIGATORIEDAD DE LOS FALLOS PLENARIOS. Art. 303 - La interpretación de la ley establecida en una sentencia plenaria será obligatoria para la misma cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales sea aquélla tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces dejen a salvo su opinión personal. Sólo podrá modificarse dicha doctrina por medio de una nueva sentencia plenaria."

⁴⁸ Ver Corte IDH, Caso De la Cruz Flores, sentencia de 18 de noviembre de 2004, párr. 151 y 152.

ponerse en juego su reputación profesional, también se vio disminuida la posibilidad de conseguir nuevos trabajos

En este sentido, y reforzando el primero de los aspectos, el testimonio del Sr. Fontevecchia fue contundente en cuanto describió el gran peso que las acciones judiciales representaban para el funcionamiento de una editorial que dirigía, en virtud de su inclinación por el periodismo de investigación:

"... Como conté, Editorial Perfil tuvo 19 juicios (...) El modus operandi era muy claro, iniciaban demandas en cadena, en tanto el Presidente, su familia, sus allegados, sus Secretarios, sus Ministros, y acumulaban demandas por cifras muy altas. Esas cifras obligaban a la empresas – Perfil es una empresa que tiene un sistema de contabilidad auditado por una de las principales firmas de auditorías del mundo, y por la Comisión Nacional de Valores, es una empresa que emite deuda pública, y tiene obligaciones de tratamiento contable, que hay que generar una previsión por cada demanda que se realiza. De una demanda iniciada hay que provisionar el 25%, perdida en primera instancia el 50%, y obviamente el 100% perdida en segunda instancia, aunque sea apelada a la Corte Suprema de Justicia. Esto hacía que *la acumulación de causas civiles generara un perjuicio que colocaba en la posibilidad de disolución, porque el patrimonio neto podía ser negativo*"

En igual sentido, al ser preguntado por los efectos de las sanciones civiles, el Sr. Fontevecchia explicó cómo aquella redundó en el concurso de acreedores que debió atravesar la empresa:

"...no podría decir que es solamente por los juicios iniciados por el gobierno, pero obviamente los juicios iniciados por el gobierno fueron parte de nuestra deuda, como de hecho quedó reglamentado en el proceso de renegociación de deuda..."

En el caso del Sr. D'AMICO, la afectación se relaciona con su reconocimiento como profesional, ya que aún cuando era el director de la revista, también era conocido como un periodista de amplia trayectoria. Sin embargo, debió enfrentar las consecuencias de contar entre sus antecedentes una condena por haber violado el derecho a la intimidad de una persona.

Por tal razón, teniendo en cuenta los criterios de la Corte IDH en precedentes similares⁴⁹ solicitamos a la Corte IDH se abone a los Sres. D'AMICO y FONTEVECCHIA la suma de u\$s 15.000 para cada uno en concepto de lucro cesante.

ii. Daños inmateriales.

El daño inmaterial, según lo establece la jurisprudencia arraigada de esta Corte, puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas de violaciones de derechos humanos y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas o sus condiciones de existencia⁵⁰.

⁴⁹ Ver Corte IDH, Caso Kimel, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 2 de mayo de 2008, párr. 110.

⁵⁰ Corte IDH, Caso Montero Aranguren y otros, Sentencia de 5 de julio de 2006, párr. 130; Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 1

Si bien la sentencia constituye *per se* una forma de reparación para la víctima⁵¹, la Corte también ha insistido en que:

"...No siendo posible asignar al daño inmaterial un preciso equivalente monetario, sólo puede, para los fines de la reparación integral a las víctimas, ser objeto de compensación, y ello de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y, en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, tales como la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir..."⁵².

Las condenas civiles pusieron en duda la seriedad y la labor como periodistas de FONTEVECCHIA Y D'AMICO. Para poder merituar adecuadamente el impacto que la afectación a la labor puede tener para periodistas de su trayectoria y experiencia, es imprescindible retomar aquí la descripción que las propias víctimas hicieron sobre su desarrollo profesional. Así, a modo de ejemplo, al ser preguntado por su profesión, el Sr. D'Amico remarcó ante esta Corte: "*...No he tenido ninguna otra profesión en mi vida que la de periodista. Hace más de cuarenta años que ejerzo el periodismo...*"⁵³

Frente a su compromiso profesional, el proceso judicial iniciado por el ex Presidente de la Nación y que culminó en una sentencia de condena civil por parte del máximo tribunal argentino, puso en duda tanto su honestidad como su responsabilidad en la tarea. Los ubicó frente al resto de la sociedad entre aquellos periodistas que, lejos de brindar información que aporte al debate y a la toma consciente de decisiones políticas, se inmiscuyen arbitrariamente en la vida de las personas.

En otras palabras, como lo ha sostenido la CIDH en esta profesión "la credibilidad y la imagen personal del periodista juegan un rol trascendente"⁵⁴. Es indudable que la condena civil inevitablemente afectó el estado emocional de las víctimas.

La propia Corte IDH ha evaluado el impacto del sometimiento a procesos legales y de las sanciones en la vida de las personas. En tal sentido, si bien la Corte se ha pronunciado sobre el sufrimiento causado por los juicios penales⁵⁵, es importante remarcar que el

de julio de 2006, párr. 383; y Corte IDH, Caso Baldeón García vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 6 de abril de 2006, párr. 188.

⁵¹ Ver entre otros, Corte IDH, Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 25 de noviembre de 2003, párr. 260.

⁵² Corte IDH, Caso Tibi vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 7 de septiembre, párr. 204.

⁵³ Testimonio del Sr. D'Amico ante la Corte IDH, 24 de agosto de 2011. El destacado es propio.

⁵⁴ Corte IDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 2 de julio de 2004, párr. 188 f.

⁵⁵ Corte IDH, Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 27 de noviembre de 2003, párr. 166; y Caso Myrna Mack Chang, ya citado, párr. 260.

sometimiento a un juicio civil, que puede causar graves daños en el patrimonio de una persona, también genera preocupaciones y sufrimientos.

El Sr. FONTEVECCHIA se refiere a este tema cuando dice:

"Era común que el Presidente Menem dijera que había que tocar el órgano más sensible, que era el bolsillo. Entonces, **detrás de esta acción había un plano muy irracional que pretendía debilitar la realización del periodismo independiente** "

En idéntico sentido, el Sr. D'AMICO destacó:

"...imagino que hacer esta cantidad de demandas contra una publicación no es alentarla a que siga investigando, ni el caso de Menem y el hijo de Menem, ni el caso de nadie. El mensaje es muy claro entablo las querellas y veo que consigo en la justicia () pero por lo pronto en el caso de la editorial que publicaba Noticias tuvo que retener una cantidad de dinero importante para solventar eventualmente si en esos juicios era declarada culpable..."

En el caso de D'AMICO, además del propio efecto inhibitorio de la indemnización, se debe contemplar además el impacto emocional causado por el descuento mensual, por veintiún meses, en su recibo de sueldo, que lo llevó a enfrentar el estigma del embargo.

En este aspecto, en oportunidad de dar testimonio ante esta Honorable Corte, el Sr. D'Amico destacó:

"...Mi sueldo fue embargado () Yo nunca había estado embargado en mi vida, cuarenta años de periodista, embargado. El calificativo de embargado me molestó muchísimo porque yo confieso que al embargado yo lo sentía como alguien que no cumple, como alguien que es un poco haragán con sus deudas o que de alguna manera no cumple con lo que pide la ley o lo que ha acordado hacer con alguien..."

Los lectores de los medios que leían eso me imagino que () se deben haber quedado con una mala imagen de quien dirigía la revista, ¿no? Un hombre que está embargado, algo malo ha hecho ese hombre. "⁵⁶

En este contexto, los representantes de las víctimas entienden que el daño inmaterial debe además ser reparado, mediante una indemnización compensatoria, conforme a equidad.

iii. Medidas de satisfacción y garantías de no-repetición.

iii.a. Medidas de carácter legislativo. Adecuación del ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales en la materia.

El proceso civil seguido contra los Sres. FONTEVECCHIA Y D'AMICO no es un hecho excepcional en el derecho argentino, sino que es representativo de tantos otros que tramitan y han tramitado ante los tribunales argentinos. Como consecuencia de ello, es de la mayor importancia que, al pronunciarse en este caso, esta Honorable Corte contribuya

⁵⁶ Testimonio del Sr. D'Amico ante la Corte IDH, 24 de agosto de 2011. El destacado es propio.

a evitar la repetición de esta clase de procesos que, como demostramos, llegan a restringir los aportes al debate público en tanto configuran un fuerte incentivo para la autocensura y la supresión del periodismo de investigación.

A lo largo de este proceso y en especial en nuestro apartado IV, hemos procurado demostrar a la Honorable Corte que esta situación tiene sin dudas un origen normativo. Es por ello que de cara a una reparación integral que lleva implícita la necesidad de asegurar que hechos de esta naturaleza no se repetirán, es necesario que el Estado adopte también aquellas medidas necesarias para adecuar el sistema legal interno a los estándares establecidos por el derecho internacional en materia de libertad de expresión.

En oportunidad de defenderse, el Estado argentino intenta convencer a esta Ilustre Corte que una sentencia como la que se encuentra en análisis de este tribunal no podría volver a repetirse. Como prueba de ello, alega la reforma de algunos antecedentes jurisprudenciales y la modificación del mecanismo de selección de jueces de la más alta Magistratura.

Frente a esto, creemos valioso manifestar que cada aspecto de lo relatado que se inscribe a favor de un mejor estado del derecho a la libertad de expresión es celebrado por nuestra parte. Sin embargo creemos necesario volver a resaltar que muchos de estas mejoras no revierten en nada lo que alegamos como vulneraciones y sobre todo, no demuestran que no puedan volver a repetirse.

Para ello, debe ordenarse la adecuación normativa. Esta es la forma adecuada, tal como ha surgido con claridad de este proceso y específicamente del dictamen pericial del Dr. Rivera y de la pericia del Dr. Saba.

Esto sin perjuicio de que resulta igualmente esencial que esta Honorable Corte establezca estándares adecuados sobre el alcance del derecho a la intimidad y el derecho a la libertad de expresión, y la relación entre ambos. Adoptar por primera vez tales estándares le permitirá a esta Honorable Corte mejorar el actual marco de protección del derecho a la libertad de expresión. A la vez, estos lineamientos se constituirán en referencia esencial al momento de precisar legislativamente restricciones legítimas.

Pero tales estándares no pueden entenderse suficientes para asegurar que aquellos que se dedican al periodismo de investigación en la Argentina puedan tener certidumbre sobre las consecuencias que pueden acarrear sus investigaciones. Máximo teniendo en cuenta que, como lo sostiene en su pericia el Dr. Rivera, los tribunales civiles argentinos, en general, no prestan demasiada atención a los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de libertad de expresión. En este punto, no podemos dejar de resaltar las consideraciones del perito respecto del “no uso de los estándares internacionales de derechos humanos - en el área de libertad de expresión -” en los dictámenes del Procurador General de la Nación.

En este orden de ideas, creemos necesario poner de manifiesto a esta Honorable Corte que la adecuación normativa se vuelve aún más esencial atento a que existe dentro del Estado argentino un importante cuestionamiento a los alcances de las sentencias de la

Corte Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, el Procurador general de la Nación hace no más de un año, ha dictaminado que:

*"Según el derecho interamericano, las únicas decisiones de los órganos de protección del sistema interamericano que son obligatorias para los Estados son las sentencias contenciosas de la Corte Interamericana, y ello, por un lado, en los términos del art. 68.1 de la Convención Americana, esto es, sólo respecto del Estado que fue parte en el proceso internacional y exclusivamente en relación con ese proceso concreto y, por el otro, siempre y cuando esas sentencias no impongan una medida que implique desconocer derechos fundamentales del orden jurídico interno. Las decisiones de la Corte Interamericana no tienen efectos generales, erga omnes, sobre otros casos similares existentes en el mismo u otro Estado"*⁵⁷

Consecuentemente, la adecuación normativa es esencial a los fines de evitar que el sistema legal argentino continúe generando una situación que favorece la iniciación de juicios para amedrentar o atemperar a periodistas críticos.

Como lo ha expresado el perito de la Corte, Dr. Saba:

"A lo máximo que podemos aspirar es a establecer estándares legislativos más claros que los actuales en Argentina, por ejemplo, aquellos que les den a los magistrados las herramientas necesarias para realizar ese sopesamiento entre las libertades y derechos en juego, pero también evitando que se eleven los niveles de discreción en la aplicación de la norma por parte de los jueces".⁵⁸

Esta sería, la única manera de que cada controversia y conflicto que sea objeto de tratamiento por el poder judicial local, sea resuelto de forma análoga y uniforme

Como ya hemos señalado en el punto IV de este escrito, los principales problemas que presenta la legislación argentina en las cuestiones que se relacionan con el caso en litigio son:

- 1.- Ausencia de definición precisa y taxativa de las causales de restricción a la libertad de expresión, en particular respecto de la vaga y meramente orientativa redacción del artículo 1071 bis del Código Civil
- 2.- Ausencia de toda regulación para los casos en los que el derecho a la vida privada y a la intimidad entran en tensión con el derecho a la libertad de expresión. De hecho, el artículo 1071 bis regula en forma general y uniforme todas las posibles violaciones a la vida privada de una persona, mediante una fórmula única y muy general. Esta fórmula abarca desde el ingreso a la casa de una persona por un particular, hasta su allanamiento por el Estado, el hackeo de mails, la revisión de la correspondencia privada, y cualquier otra clase de afectación a su intimidad, incluyendo la publicación de información en los medios de comunicación.

⁵⁷ Cfr. Dictamen del Procurador General Esteban Righi, en "A., J. E. y otro s/recurso de casación" (C S A 93, I XLV), emitido el 10 de marzo de 2010

⁵⁸ Dictamen pericial del Dr. Saba, pág 18

3 - Ausencia de parámetros predeterminados y adecuados a los fines de establecer los montos indemnizatorios para eventuales afectaciones al derecho a la intimidad.

4 - Ausencia de toda mención en la legislación aplicable a la necesidad de que al momento de establecer los montos indemnizatorios el Juez deba tomar en cuenta el efecto que tal decisión puede tener sobre el debate público propio de una sociedad democrática. A ello se le suma que al monto de sentencia se le agregan gastos judiciales de diverso tipo, que muchas veces incluyen el costo de publicar la sentencia, todos los cuales se fijan también sin contemplar su posible efecto inhibitorio respecto de quienes participan del debate público.

5 - Indeterminación en cuanto a la forma en que deben ser probada la existencia del daño moral, lo que permite que la jurisprudencia arraigada haya generado una presunción a favor de quien reclama en cuanto a la existencia misma del daño. Esto en los hechos significa que quien reclama el daño moral esté virtualmente liberado de toda carga probatoria, ya que en principio el daño se tendrá por ocurrido, aún ante la ausencia de toda prueba al respecto. De este modo, se invierte en estos casos el sistema de la carga de la prueba, ya que quien debe probar que el daño no ocurrió es el accionado, bajo la condición de que de no hacerlo se tendrá por probado que existió, aún si no existiese ninguna prueba en este sentido.

6 - Indeterminación legal de lo que debe entenderse por daño moral, por lo que los Jueces actuantes tienen una enorme libertad de decidir qué entenderán por daño moral, representarse su ocurrencia sin contar con ninguna prueba al respecto, y ordenar su compensación mediante la entrega de una suma de dinero.

Entendemos que, debido a estas características que acabamos de señalar, la legislación argentina es incompatible con lo dispuesto por los artículos 1.1, 2, 13.1 y 13.2 y 30 de la Convención Americana, y debe ser modificada.

Consecuentemente, solicitamos que se declare la incompatibilidad de la legislación argentina con la Convención Americana respecto de las siguientes normas o conjunto de normas; (a) la norma que establece la protección a la vida privada de las personas (artículo 1071 bis del Código Civil); (b) la norma que establece la protección del daño moral (art. 1078 del Código Civil); (c) las normas que establecen los parámetros a los fines de asignar las compensaciones por daños (principalmente regulado en los arts. 1068 y 1069 del Código Civil).

Esto no significa que consideremos que cada una de las normas antes mencionadas son en sí mismas contrarias a la Convención, sino que, tomadas en conjunto, y ante la ausencia de otras normas que limiten el margen de discrecionalidad que queda librado al Juez en cada caso, no cumplen con los estándares internacionales relevantes.

Concretamente, nuestra pretensión frente a la Honorable Corte consiste en que se declare la incompatibilidad de la normativa interna argentina en virtud de las razones antes expresadas, y se ordene al Estado argentino que modifique su legislación de modo tal que cumpla con los estándares internacionales sobre los cuales reposan las objeciones que hemos formulado a la legislación interna.

El dictado de dicha legislación será tarea del Parlamento argentino y el control de que dichas modificaciones cumplan con lo requerido será materia de discusión en el procedimiento de supervisión del cumplimiento de la sentencia.

* * *

Finalmente es preciso destacar que si bien es cierto que la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (LSCA) – mencionada específicamente por el Estado argentino como una de las reformas institucionales que garantizarían la no repetición – es una medida que ha sido considerada como “un gran avance”⁵⁹ por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, en modo alguno puede entenderse que tenga la virtualidad de impedir que casos como el aquí en cuestión no vuelvan a tener lugar. La norma no contiene regulación alguna vinculada con los medios gráficos y de su articulado no surgen regulaciones destinadas a cuestiones vinculadas al honor o la intimidad de las personas, dado que existe una remisión expresa a la legislación aplicable sobre esos tópicos

Incluso, la ampliación de voces a la que hace mención el Estado, no hace más que reforzar la necesidad de generar un escenario confiable y previsible para todo aquel que decida contribuir al debate público. El ingreso de nuevos actores al debate público, que incluya a grupos sociales desaventajados, minorías, etc., generará la aparición de muchos participantes en el debate público que se encuentren en una situación de vulnerabilidad económica y empresarial. Cuanto menos poderosos sean quienes participan en forma permanente del debate público, mayor será la necesidad de que la legislación vigente ofrezca garantías de que las acciones civiles por difamación o por vulneración de la vida privada no podrán ser usadas como instrumento de amedrentamiento u hostigamiento contra los medios de comunicación.

Resulta claro que los medios poderosos, las grandes empresas de la comunicación, pueden resistir sin dificultades esta clase de juicios. Su poder no se ve amenazado mediante el litigio individual de casos de difamación o de violación a la intimidad. Debido a los parámetros provenientes de la necesaria protección del debate público propio de una sociedad democrática, esta clase de juicios no representan, para estas grandes empresas, una amenaza real. Por el contrario, la limitación al eventual poder de dichas empresas puede provenir de otra clase de regulaciones (leyes anti monopolías, etc.).

Son las pequeñas empresas, las cooperativas, las radios asignadas a las comunidades indígenas, o a las minorías, las que normalmente no podrán resistir la presión del hostigamiento judicial por la vía de esta clase de litigio. De manera tal que si la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual termina produciendo los efectos que menciona el Estado, resultará aún más necesaria una reforma normativa que reduzca la amplia discrecionalidad con la que cuentan hoy los jueces argentinos para determinar la

⁵⁹ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 2009, Pág. 26, Parr. 11, disponible en <http://www.cidh.org/pdf%20files/RELEAnual%202009.pdf>

pertinencia y el monto de reparaciones ulteriores en casos en los que frente a información de interés público, se alegue la violación del derecho a la intimidad.

En definitiva, creemos que ha quedado clara la necesidad de ordenar la reforma de las normas del Código Civil a los fines de compatibilizarlas con los estándares internacionales referidos a la libertad de expresión.

Los Sres. FONTEVECCHIA Y D'AMICO lo requieren para seguir desarrollando la profesión que han elegido como forma de vida, y la sociedad lo necesita para poder seguir siendo adecuada y suficientemente informada. Solicitamos a esta Honorable Corte que así lo ordene

iii. b. Medidas de rehabilitación.

Solicitamos que se condene al Estado argentino a adoptar las medidas necesarias para que la sentencia dictada por el Poder Judicial argentino en el caso "Menem c/Ed. Perfil S.A." pierda fuerza vinculante interna y toda aptitud para ser fuente de consecuencias legales de cualquier tipo.

Tenemos presente que el Estado argentino no ha regulado aún la cuestión de la implementación de mecanismos y/o procedimientos específicos destinados a hacer posible el cumplimiento integral de las decisiones provenientes de organismos internacionales, en especial de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No existe una ley que establezca los procedimientos que deben llevarse a cabo para cumplir con las decisiones de organismos internacionales de derechos humanos, ni se ha generado aún jurisprudencia clara al respecto.

Entendemos que una reforma en este sentido es de vital importancia para el adecuado funcionamiento del Sistema Interamericano y la preservación del objeto y fin de la Convención Americana. La ventaja de adoptar una medida de este tipo reside en que pueden establecerse de modo exhaustivo reglas claras relativas a la competencia, los poderes y agencias intervinientes, y los diferentes procedimientos y requisitos a observar de acuerdo con el contenido de la sentencia obtenida en sede internacional.

Ahora bien, específicamente en el caso de decisiones internacionales que implican consecuencias para expedientes que han tramitado en sede civil, sería preciso avanzar en la institucionalización de un mecanismo específico que permita que la manifestación de incompatibilidad de la decisión original con la Convención Americana - a partir de la condena internacional - prive de efectos jurídicos a la sentencia dictada en sede interna. Por otra parte, dada la especial naturaleza de estos procesos, en los que el Estado no se encuentra representado a través de ninguna de las partes, también debería establecerse un mecanismo en el que el impulso y la tramitación de dicho mecanismo no deban necesariamente ser impulsados por la propia víctima.

Frente a una sentencia del tribunal interamericano son los Estados los que están obligados a asegurar su implementación a nivel interno⁶⁰. Así, si un Estado no adopta todas las medidas que estén a su alcance vulnera, otra vez, el derecho a la tutela judicial efectiva. En este orden de ideas, en el caso "Baena Ricardo y otros vs. Panamá" el tribunal interamericano remarcó que el cumplimiento de sus decisiones forma parte del acceso a la tutela judicial efectiva. Afirmó en tal sentido que, para satisfacer el derecho de acceso a la justicia, no es suficiente con que se emita una decisión definitiva sino que es necesario implementarla⁶¹.

Por lo tanto, entendemos que a los fines de obtener la medida de rehabilitación que solicitamos es necesario que se implementen las medidas necesarias para que la sentencia dictada en sede civil en la que se condena a las víctimas, pierda efectos legales. En este sentido debe dejar de ser fuente de derecho y al mismo tiempo perder la fuerza que le cabe como acto jurisdiccional interno válido pasado en autoridad de cosa juzgada⁶².

Si bien es posible intentar plantearlo ante los Tribunales, para que la cuestión se resuelva por vía pretoriana, resulta clara la necesidad de adecuar el ordenamiento legal interno a los fines de posibilitar el pleno cumplimiento de las sentencias y demás decisiones del

⁶⁰ Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá Competencia*. Sentencia de 28 de noviembre de 2003, párr 131; *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución del Presidente de la Corte de 20 de abril de 2010, considerando tercero, y *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución del Presidente de la Corte de 20 de abril de 2010, considerando tercero.

⁶¹ Cf. Corte IDH, "Cinco Pensionistas", 27 de febrero de 2003, párr 138 y 141; y Corte IDH, caso "Cantos", sentencia 7 de septiembre de 2001, párr 55.

⁶² En este sentido, recientemente se ha dictado una sentencia en sede interna que ilustra hasta qué punto la existencia de cosa juzgada formal acarrea consecuencias en cuanto a la credibilidad de los civilmente condenados.

En la causa n° 1261- 1268 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal Federal nro. 5 de la ciudad de Buenos Aires, caratulada "*Jorge Carlos Olivera Róvere y otros*", en la que juzgaron a altos responsables del ejército por la desaparición de más de 200 personas durante la dictadura militar argentina de los años 1976-1983, declaró en la etapa de instrucción el Sr. D' Andrea Mohr, quien investigó algunas cuestiones vinculadas con la represión ilegal.

El Sr. D' Andrea Mohr había sido condenado en un juicio civil distinto e independiente por un dato consignado en una obra de su autoría, que si bien versaba sobre la represión ilegal no se relacionaba con los casos del juicio en el que era testigo. Apoyándose sobre esta última circunstancia, el Tribunal Oral restó fuerza probatoria a sus dichos, junto con otras razones, sobre la base de que: "*D'Andrea Mohr, al igual que Jorge Mittelbach, fueron condenados por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, por lo publicado en su obra "Escuadrón Perdido" respecto de Héctor Luis Ríos Ereñú, en cuanto le habían atribuido responsabilidad por la desaparición de un grupo de soldados determinándose finalmente su falta de responsabilidad en el caso...*" (Pág 1414 de la sentencia).

Y ello a pesar de que las partes querellantes en el Juicio Oral explicaron claramente que la sentencia condenatoria no le atribuía dolo a D' Andrea Mohr y que, por otro lado, el caso está tramitando ante el sistema interamericano mediante una denuncia individual por violación a la libertad de expresión (Petición Nro P-322-08 de la Comisión Interamericana).

Debe repararse que aún tratándose de una declaración formulada en una causa penal y bajo juramento de ley, la mera existencia de la cosa juzgada formal en una causa civil, sobre datos que no se vinculaban con su declaración, puso en entredicho su confiabilidad como testigo, disminuyendo el valor probatorio de su testimonio.

sistema interamericano de derechos humanos, lo que así solicitamos que se le ordene al Estado.

iii.c. Acto público de reconocimiento de responsabilidad y publicación de la sentencia de la Corte Interamericana.

Cuando a un periodista —cuyo desempeño se edifica en la calidad en su trabajo y la credibilidad y confianza de la opinión pública— se lo sanciona por violar el derecho a la intimidad de una persona, ello le genera un daño a su profesión que no es susceptible de ser reparado sólo por medios esencialmente monetarios.

Esta Corte ha entendido oportunamente que

"como no es posible asignar al daño inmaterial un equivalente monetario preciso, resulta pertinente proveer por otras vías a la reparación integral del daño causado [] En segundo lugar, a través de actos u obras de alcance o repercusión públicas, como la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir"⁶³.

Estas medidas fueron dispuestas por esta Corte en otros casos⁶⁴, como parte integral de la reparación por el daño causado a la víctima y su familia, y para evitar que tales hechos se repitan. Entonces requerimos que en esta oportunidad condene al Estado argentino a realizar un *acto público de reconocimiento de su responsabilidad internacional* en relación con las violaciones asumidas en este caso.

Además, que ordene la publicación de la sentencia dictada en un diario de alcance nacional, en el Boletín Oficial, en el sitio web del Centro de Información Judicial de manera visible y en lo posible permanente, y en los boletines de jurisprudencia que se distribuyen entre el poder judicial.

VI. COSTAS Y GASTOS.

Las víctimas fueron asistidas por abogados particulares, debieron abonar los costos de los abogados de la contraparte y los del juicio interno en general. Al respecto, solicitamos a esta Honorable Corte regule una indemnización que contemple, en términos de equidad, los gastos incurridos en sede interna. El mismo criterio solicitamos se tenga respecto de los gastos que debieron enfrentar las víctimas en ocasión de acudir a la audiencia de los días 24 y 25 de agosto en la Ciudad de Bogotá, Colombia.

Los Sres. FONTEVECCHIA Y D'AMICO fueron representados ante el Sistema Interamericano, por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) que debió enfrentar gastos ordinarios

⁶³ Corte IDH, "Caso Cantoral Benavides", Reparaciones, Sentencia del 3 de diciembre de 2001, párr. 81: "Por último, la Corte ordena que el Estado peruano realice un desagravio público en reconocimiento de su responsabilidad en este caso y a fin de evitar que hechos como los de este caso se repitan".

⁶⁴ Ver, entre otros, Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro, Sentencia del 25 de noviembre de 2006, párr. 445; Caso Vargas Areco vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 26 de septiembre de 2006, párr. 152; Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 22 de septiembre de 2006, párr. 173.

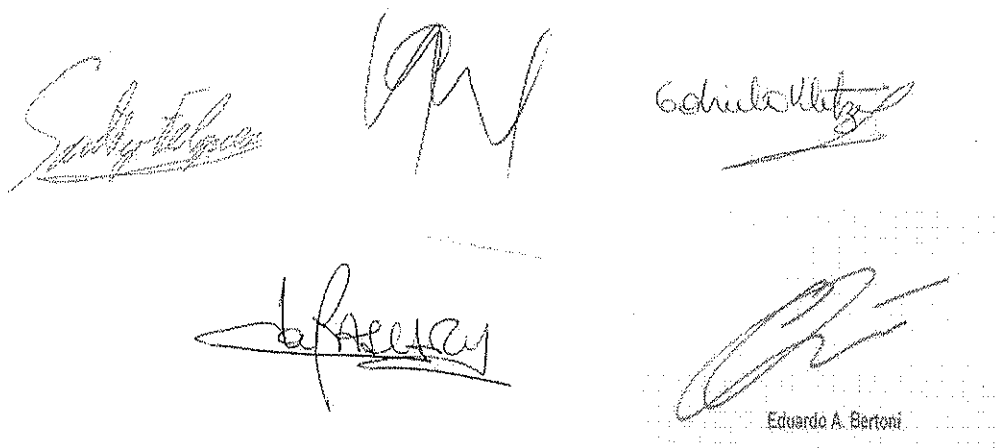
de tramitación del caso de dos mil quinientos dólares (U\$S 2500) que incluye un estimado de los gastos de teléfono, fax, gastos de correspondencia (FedEX, DHL, etc) y suministros (copias, papelería, etc). A su vez, con relación a los gastos incurridos por los representantes de las víctimas para asistir a la audiencia en Bogotá, Colombia, conforme surge de planilla adjunta⁶⁵, solicitamos el reintegro de cinco mil doscientos setenta con 80/100 dólares (U\$S 5270.80)

VII. PETITORIO

Por todo lo anteriormente expuesto, los representantes de las víctimas solicitan a la Honorable Corte:

- a) Se sirva tener por presentado en debido tiempo y forma el presente alegato escrito.
- b) Se sirva ordenar las medidas de reparación solicitadas y todas aquellas que de acuerdo con el ilustrado criterio de sus Señorías, corresponda.

Sin otro particular, aprovechamos la oportunidad para reiterar la seguridad de nuestra distinguida consideración,



The block contains five handwritten signatures. From top left to bottom right, they are: a signature that appears to be 'Sally Telgner', a signature that appears to be 'P. N.', a signature that appears to be 'G. Schubert', a signature that appears to be 'L. Facchini', and a signature that appears to be 'Eduardo A. Bertoni'.

⁶⁵ Ver planilla adjunta como Anexo 2.