

Universidad Siglo 21
Trabajo Final de Grado

ABOGACÍA



**ESCRACHES EN REDES SOCIALES:
A NUEVOS AIRES, NUEVAS MIRADAS**

**Cámara Federal de Apelaciones de La Plata. Sala III.
Causa N° FLP 7640/2019/CA1
“C. F. C/ Facebook Argentina SRL S/ Habeas Data”**

MARTINA CAVALLERO
Legajo: VABG81894
DNI: 35118251

Tutor: Ferrer Guillamondegui, Ramón Agustín

Sumario

Sumario: I. Introducción.— II. El caso: plataforma fáctica, historia procesal y decisión del Tribunal. — III. Fundamentos de Cámara.— IV. Ponderación de Principios: ¿Derecho a la libertad de expresión o Derecho al honor? — V. Fundamentos del interés y orden público en materia de género.— VI. El escrache como denuncia pública y social en materia de género cuenta con protección constitucional.— VII. La importancia de fallar con perspectiva de género.— VIII. Reflexiones finales.

I. Introducción

El desarrollo de la actividad y responsabilidad en las redes sociales, suscita infinidad de disputas interpersonales dentro de la sociedad, que cada vez en forma más recurrente llegan a los estrados judiciales, convirtiéndose en una cuestión absolutamente actual y novedosa en derecho, de relevancia social, teniendo como corolario la incipiente Jurisprudencia en la materia, cuestión que ha motivado el análisis del presente fallo titulado “C. F. c/Facebook Argentina SRL s/Hábeas Data”.

Entre los importantes aportes de la resolución en estudio, se puede señalar que dirime la preeminencia entre dos derechos de raigambre constitucional que, permanentemente, se encuentran en colisión en diversas publicaciones que pueden observarse corrientemente circular por las redes sociales, estos son, el Derecho al honor y a la reputación personal y el Derecho a la libertad de expresión.

Diversa jurisprudencia avala que para dirimir sobre dicha colisión de Derechos personalísimos es de primordial importancia determinar si los hechos denunciados ocurrieron en la esfera del ámbito privado o público.

Se hace alusión al término de *ámbito o interés público* en el sentido expresado reiteradamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “como las áreas que preocupan, importan o interesan a toda la Sociedad” (CSJN, fallos 334:1722). Allí es donde cobra verdadera notabilidad y relevancia la sentencia dictada por el Tribunal de la Cámara Federal de La Plata al tratar en la misma la problemática desde una perspectiva de género.

El contexto social actual nos evidencia una época en donde las mujeres han alzado la voz, en la que diversas agrupaciones feministas embisten diariamente una

ardua lucha por la igualdad de derechos, la no discriminación y primordialmente, el fin de la violencia contra la mujer. En la actualidad, uno de los principales medio de difusión de dicha lucha son las redes sociales. Estas herramientas han convergido una nueva manera de comunicar e informar, en donde todos tienen un lugar donde expresar sus ideas, talentos y opiniones, donde la separación de la esfera pública y privada se ha convertido en una delgada línea difícil de divisar y en donde la información se encuentra a solo un par de clics de ser “viralizada” en un corto plazo.

Se puede convenir que las publicaciones en redes sociales efectuadas en materia de género, en donde se denuncian hechos de violencia o discriminación contra la mujer, se han convertido en una herramienta muy eficaz para evidenciar dichas incidencias y para fortalecer la lucha de las mujeres.

La denuncia social en estos casos afecta sin dudas de manera imperiosa las diversas esferas de la vida del denunciado, tanto en el ámbito público como privado; de hecho, el “escrache”, quizás afecte de una manera aún más gravosa la vida del interpelado que una denuncia formulada en sede penal o judicial que no se divulga públicamente.

Por todo lo expuesto, a falta de normativa vigente que regule la actividad en redes sociales y en épocas de enaltecimiento de la lucha feminista contra la violencia de género, se vislumbra la instauración de una especie de “derecho al escrache” en donde las denuncias virtuales efectuadas en materia de género comienzan a cambiar el paradigma de interpretación de los términos *interés*, *ámbito*, y *sujeto público* o *privado* en los Tribunales judiciales.

En conclusión, la siguiente nota a fallo se cuestiona: las mujeres y/o las agrupaciones feministas, ¿cuentan hoy con protección constitucional para denunciar en materia de género vía redes sociales? ¿Por qué?

II. El caso: Plataforma fáctica, historia procesal y decisión del Tribunal

C. F. -estudiante universitario y militante de una agrupación feminista estudiantil- promovió demanda contra Facebook Argentina SRL, en donde se persiguió, mediante el instituto de Habeas Data, la eliminación de toda imagen y publicación injuriantes sobre su persona, efectuada por la cuenta denominada “Comisión

de género de la F...”, divulgada en las redes sociales Facebook e Instagram y la correspondiente identificación del autor de dicha publicación, para proceder luego al ejercicio de una acción de daños y perjuicios contra el/la mismo/a, argumentando la vulneración de sus derechos a la imagen, honor e intimidad.

El Juez de primera instancia acogió favorablemente la pretensión de la parte actora haciéndole lugar a la demanda incoada. Fundamentó su sentencia en el carácter *privado* de la denuncia efectuada y la personalidad del actor; indicando que los agravios “no representan un interés informativo serio, importante y útil para la sociedad. El accionante no es funcionario público, tampoco una ‘personalidad pública’. Mientras que los relatos de las supuestas acciones denunciadas se refieren a asuntos inherentes a la vida privada del actor” (p. 2 del fallo en análisis).

La parte demandada –Facebook Argentina SRL– interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y fundamentó sus agravios en que la sentencia resultaba violatoria del principio constitucional de *libertad de expresión*; invocó el *interés público* que revestía el asunto y sostuvo que la eliminación del contenido constituiría una forma de censura. Esta parte también cuestionó aspectos procesales como la falta de legitimación pasiva y la incorrecta elección de la acción de habeas data para efectuar el reclamo de autos –temas que no atañen en el presente análisis–.

Admitido el recurso, los Magistrados de la Cámara de Apelación, a diferencia del Juez “a quo”, consideraron especialmente el carácter de interés público que revestía tanto el contenido de la publicación en conflicto como los sujetos intervinientes. Ello, al ser evaluada la cuestión planteada desde una perspectiva de género. Por ende, al determinar la protección constitucional relacionada al caso, consideró la libertad de expresión como manifestación del juicio de valor prevaleciente, frente al derecho al honor y a la reputación personal.

Se distinguió la especial protección constitucional del derecho a la libertad de expresión individual y/o colectiva, considerando relevante el uso de internet y redes sociales para la difusión y reclamos de los derechos vulnerados de las mujeres expuestos por diversas agrupaciones feministas.

También fue considerado por el Superior el carácter de *sujeto público* del denunciado por su participación activa y pública como integrante de una agrupación feminista dentro de la vida social de la facultad.

Conforme la lectura del fallo, para dilucidar la colisión de dichos principios constitucionales, ambos Jueces de la Cámara Federal de la La Plata –Carlos Alberto Vallefin y César Álvarez– han ponderado en las razones que fundaron el decisorio, la importancia del contenido de la publicación en debate destacando la lucha que las mujeres vienen enarbolando en la actualidad contra todo tipo de violencia y/o discriminación, sentenciando así, con perspectiva de género, preponderando el Derecho a la libertad de expresión sobre el derecho al honor; considerando de interés público a la publicación efectuada, revocando la sentencia apelada y desestimando la demanda e imponiendo las costas de ambas instancias en el orden causado, esto último atento tratarse de una cuestión novedosa en derecho.

III. Fundamentos de Cámara

Los Jueces de la Cámara, para dilucidar el caso, a falta de normativa legal específica, han fundado sus argumentos en diversa Jurisprudencia y doctrina emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y en los diversos Tratados Internacionales y Leyes nacionales de Protección de los derechos de las mujeres.

Primeramente, el Juez Vallefin fue desentrañando los conceptos relacionados con el Derecho a la libertad de expresión, destacando su importancia y protección constitucional -art 14 de la Constitución Nacional y Tratados Internacionales-. Hizo mención a la reiterada jurisprudencia de la CSJN en el tema; referenció la que consideró a dicho derecho como “una de las libertades que posee mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal (‘Fallos’ 249:291)” (cons. II pto. 3); invocó la consagración de la doctrina de la *Real Malicia*, creada por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso “New York Times vs Sullivan”, postura que la CSJN ha adoptado a partir del precedente de “Fallos” 314:1517 y cuyo objetivo es encontrar el “equilibrio razonable entre la función de la prensa y los derechos individuales que hubieran sido afectados por comentarios lesivos

a funcionarios públicos, figuras públicas y aun particulares que hubieran intervenido en cuestiones de interés público objeto de la información” (cons. II pto. 3). También referenció la doctrina del “dolo o la inexcusable negligencia de la prensa”, que es aquella en que “se pone a cargo de los querellantes o demandantes la prueba de que las informaciones falsas lo fueron con conocimiento de que eran falsas o con imprudente y notoria despreocupación sobre si eran o no falsas” (cons. II pto. 3) y donde “el punto de partida está en el valor absoluto que debe tener la noticia en sí, esto es su relación directa con un interés público y su trascendencia para la vida social, política o institucional” (cons. II pto. 3).

Merituada la Jurisprudencia y Doctrina descriptas precedentemente, el Juez Vallefin concluye en que:

El derecho de prensa no ampara los agravios, la injuria, la calumnia, la difamación. No protege la falsedad ni la mentira, ni la inexactitud cuando es fruto de la total y absoluta despreocupación por verificar la realidad de la información. Ampara, sí, a la prensa, cuando la información se refiere a cuestiones públicas, a funcionarios, figuras públicas o particulares involucrados en ella, aun si la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, en cuyo caso los que se consideran afectados deben demostrar que el periodista conocía la falsedad de la noticia y obró con real malicia con el propósito de injuriar o calumniar (“Fallos” 314:1517) (cons. II pto. 3).

Por último, señala la Jurisprudencia de la CIDH en los casos “Kimel vs. Argentina” (2008) y “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina” (2011) en donde La Corte Interamericana destaca “el carácter excepcional de las restricciones al ejercicio de la libertad de expresión, así como la posibilidad de establecer responsabilidades ulteriores por su ejercicio abusivo, resaltando la necesidad de que no se conviertan en un mecanismo directo o indirecto de censura previa”.

Delimitada la implicancia y protección legal del Derecho a la libertad de expresión, el Juez apuntó al hecho no controvertido en el asunto: la publicación efectuada en Facebook; la transcribió íntegramente y resaltó la importancia de analizarla en su conjunto, concluyendo que el discurso recaía en un asunto de interés público y por

ende, gozaba de protección constitucional, lo que impedía su eliminación. Justificó dicha conclusión expresando que “un triple orden de razones sostiene esta afirmación: **a)** los sujetos que intervienen; **b)** el ámbito en que se discuten los hechos y **c)** el tema que involucra” (cons. II pto. 5.2.1).

En cuanto a los sujetos intervinientes, destacó que el agraviado:

No se trata sólo de un estudiante –condición que no se desconoce– sino que, además, como él mismo enfatiza es un *militante social* que *apoyó activamente* consignas feministas. Es, en otras palabras, un actor de la vida política universitaria que ha hecho público su compromiso con ciertas ideas (cons. II pto. 5.2.2.1).

En el caso del autor de la publicación –la agrupación “Comisión de género de la F...”- manifestó que se trata de una agrupación estudiantil no oficial de la Universidad que difunde su actividad mediante la plataforma de Facebook, de libre acceso. Meritó la importancia que tienen dichos organismos en la sociedad, expresando que “difunden aportes académicos, constituyen un foro de discusión, son fuente de información sobre temas específicos y, crecientemente, un espacio de denuncia a políticas y prácticas, colectivas o individuales, que consideran contrarias a sus ideas” (cons. II pto. 5.2.2.2).

En cuanto al ámbito y tema del discurso, el Juez consideró que en la publicación, la Comisión de género estudiantil denunció que “uno de sus militantes exhibe –según sostienen– un inadmisibles doblez en su conducta. Hay un discurso de denuncia política, no de descalificación personal” (cons. II pto. 5.2.4.1) y que “el discurso no está desvinculado de la política universitaria de la que tanto el actor como la Comisión son protagonistas activos” (cons. II pto. 5.2.3). Continúa haciendo referencia a la Jurisprudencia de la CSJN señalando que

Si la Corte Suprema se ha referido a los temas de interés público como las *áreas que preocupan, importan o interesan a toda la sociedad*, (“Fallos” 334:1722, considerando 14º, *in re* “Melo” con remisión a la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso ‘Gertz’, 418 US 323, 337), no es posible desechar de plano que esto ocurra en la causa. Por el contrario, las manifestaciones de una agrupación que enarbola la defensa de las mujeres e identidades disidentes, denunciando que un militante se

involucra en prácticas incompatibles con dichos ideales, debe considerarse un discurso amparado constitucionalmente (cons. II pto. 5.2.4.2).

El Magistrado prosigue con el carácter excepcional de las restricciones al ejercicio de la libertad de expresión, aludiendo a los requisitos que deben reunirse para justificar dicha restricción. Señala la jurisprudencia de la CIDH en la materia, que fuera invocada frecuentemente por nuestra Corte Suprema de Justicia, expresando el Juez:

Para que una determinada limitación a la libertad de expresión sea compatible con el artículo IV de la Declaración Americana y el artículo 13 de la Convención Americana, se exigen tres requisitos: **a)** que sea definida en forma precisa y clara a través de una ley en sentido formal y material; **b)** que persiga objetivos autorizados por la Convención y **c)** que sea necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que persigue, estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida e idónea para lograr tales objetivos.

Y finalmente destaca: la verificación del cumplimiento de las condiciones se hace más exigente cuando las limitaciones recaen *sobre discursos especialmente protegidos*, particularmente sobre el discurso relativo a funcionarios públicos; *asuntos de interés público*; candidatos a cargos públicos, al Estado y a las instituciones que lo conforman (cons. II pto. 5.2.5.1).

Para finalizar su argumentación, el Magistrado señala la creciente legislación en materia de género que se ha ido sancionando con el fin de erradicar la violencia y discriminación contra la mujer. Hace referencia de la Ley Nacional 26.485 “Ley de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos que desarrollen sus relaciones interpersonales” sancionada en el año 2009 y el decreto 1011 del 2010, ambas inspiradas en la “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer” -ratificada por la ley 24.632 (1996)- conocida como Convención de Belem do Pará, y en la “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” -ratificada por la ley 23.179 (1985) e incorporada a la Constitución Nacional por el art. 75 inc. 22-

Como conclusión sostuvo:

El nutrido conjunto de medidas que el Estado reconoce y está obligado a desarrollar en virtud de la legislación vigente para proteger integralmente a las mujeres, también incide en la actividad de información, denuncia, protesta, etc. que individual o colectivamente despliegan. En otros términos, no traduce un genuino cumplimiento de los mandatos expuestos que los canales para hacer públicos dichos reclamos –hoy, predominantemente, a través del uso de Internet y, en especial, de las denominadas redes sociales- sean indebidamente restringidos o silenciados.

Hacerlo, no demanda abandonar la jurisprudencia vigente y desproteger el derecho al honor o la privacidad, valiosos en cualquier democracia. Pero sí exige, que la situación de duda respecto de si un discurso en materia de género reviste carácter o no de interés público y si debe o no suprimirse, sea resuelta en favor de la protección constitucional de ese discurso y de su mantenimiento (cons. II pto. 5.2.5.2).

Por su parte, el Juez Álvarez, adhiriendo al voto del Dr. Vallefn, ha expresado en su argumentación que:

El derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, importa también la posibilidad de acceder a la información y a expresar y publicar opiniones e ideas, con el propósito central de promover y defender sus derechos.

En tal sentido, considero que una interpretación distinta a la propuesta, sería contraria a la obligación del Estado de prevenir, investigar y sancionar los hechos de violencia contra las mujeres. Esto es así, dado que se socavaría el derecho a la libertad de expresión, en su dimensión instrumental al servicio de la protección, justamente, de sus derechos (p. 24).

Como corolario, se atestigua que en la decisión del Tribunal de Alzada de revocar la sentencia de la instancia inferior, resultó determinante el hecho de abordar la

problemática planteada desde la perspectiva de género, como metodología de análisis de las relaciones personales y de interacción social, tal como lo aplicaron ambos magistrados en la sentencia en estudio.

IV. Ponderación de Principios: ¿Derecho a la libertad de expresión o Derecho al honor?

No hay dudas que la llegada de internet revolucionó la manera no solo de comunicarnos sino también de cómo acceder a la información. Los medios de comunicación se fueron adecuando a las nuevas tecnologías y en la actualidad, como se mencionó en la parte introductoria, el boom de las redes sociales permite a quien quiera crear y difundir tanto información como opinión de una manera instantánea y sin prácticamente ningún tipo de censura; esto perceptiblemente refleja de manera más que evidente, el continuo conflicto de colisión de principios fundamentales ya referenciados, el derecho a la libertad de expresión -comprendiendo la libertad de información, de prensa y de acceso a la información- y el Derecho al honor y reputación personal, que repercute –como se vió en el fallo en análisis– en un problema jurídico de notoria actualidad y trascendencia.

Basterra (2015) explica que dicha problemática se profundiza si se repara en que se trata de dos derechos fundamentales que poseen idéntico reconocimiento constitucional. Conjuntamente señala que al tratarse de dos prerrogativas con el mismo rango jerárquico, no se admite orden de prelación entre éstas, por lo que debe hacerse un análisis detallado de cada caso en particular, para establecer qué derecho debe prevalecer por sobre el otro (p. 12).

La citada autora concluye que ante la inexistencia de una ley que regule el constante conflicto que se da entre la libertad de expresión e información y el derecho al honor, el rol de los tribunales adquiere un papel de singular preponderancia al momento de resolver la disputa. Por lo que serán en definitiva los jueces quienes delimiten el alcance de cada prerrogativa en conflicto y establezcan qué derecho se pondera en el caso concreto (p. 31).

Por lo expuesto, se hará una breve referencia al procedimiento de la *ponderación*, también llamado *proporcionalidad* —tema de arduo debate en el campo

de la argumentación jurídica y de uso frecuente en nuestros Tribunales— para, de este modo, comprender cuándo y cómo actúan los Jueces a la hora de ponderar derechos fundamentales en colisión, como es el caso bajo análisis. Continuando con la referencia jurisprudencial de uno de los fallos más trascendentes y actuales que compete en esta materia, permitirá divisar cuál es el lineamiento con el que pueden contar los Jueces en la actualidad a la hora de resolver una colisión de los ya referenciados Derechos Constitucionales.

A la pregunta ¿Cuándo hay que ponderar? Atienza (2010) sugiere al respecto: “cuando, para resolver un caso, —el juez— no puede partir directamente de una regla, de una pauta de comportamiento específica, que controla el caso y que permitiría un razonamiento de tipo clasificatorio o subsuntivo” (p. 54).

Esto ocurre cuando:

1) no hay una regla que regule el caso; 2) existe una regla pero, por alguna razón, la misma resulta inadecuada, esto es, hay lo que cabría llamar una laguna axiológica (en el nivel siempre de las reglas); 3) o bien, simplemente, es dudoso si existe o no una regla del sistema que regule aceptablemente el caso (Atienza, 2010, p. 54).

Este autor, afirma que “la técnica de la ponderación tiene una gran presencia en numerosos tribunales latinoamericanos —especialmente, en cortes supremas y tribunales constitucionales—”; también menciona que ello ha sido efecto de la recepción de las ideas que al respecto ha desarrollado Robert Alexy, las que pueden considerarse como una “racionalización del manejo por parte de los tribunales constitucionales europeos del principio de proporcionalidad” (Atienza, 2010, p. 46).

En analogía a las expresiones de Atienza, se puede señalar lo mencionado por la CIDH en el precursor fallo “Kimel vs Argentina”:

La Corte reconoce que tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra, acogidos por la Convención, revisten suma importancia. Es necesario garantizar el ejercicio de ambos. En este sentido, la prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad. La solución del conflicto que se presenta entre ciertos derechos requiere el

examen de cada caso, conforme a sus características y circunstancias, para apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio (párr. 51).

Retomando a Atienza (2010), el autor nos explica resumidamente el principio de proporcionalidad que, para Alexy:

Viene a ser una especie de meta-principio o, si se quiere, el principio último del ordenamiento jurídico. Ese principio consta, a su vez, de tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Los dos primeros se refieren a la optimización en relación con las posibilidades fácticas. Significa que una medida (una ley, una sentencia, etc.) que limita un derecho (un bien de considerable importancia) para satisfacer otro, debe ser idónea para obtener esa finalidad y necesaria, o sea, no debe ocurrir que la misma finalidad pudiera alcanzarse con un coste menor. El tercer subprincipio, por el contrario, tiene que ver con la optimización en relación con las posibilidades normativas. La estructura de la ponderación, siempre según Alexy, consta de tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación. La ley de la ponderación se formula así: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”; y se concreta a través de tres variables en la fórmula del peso. Las tres variables son: 1) el grado de afectación de los principios en el caso concreto; 2) el peso abstracto de los principios relevantes; 3) la seguridad de las apreciaciones empíricas. (pp. 46-47)

Continúa haciendo referencia entonces al “esquema de la ponderación”, señalando que:

La clave para entender esta técnica argumentativa es verla como un procedimiento con dos pasos: en el primero —la ponderación en sentido estricto— se pasa del nivel de los principios al de las reglas, esto

es, se crea una nueva regla. Luego, en el segundo paso, se parte de la regla y se subsume en la misma el caso a resolver.

En la *primera premisa* del razonamiento ponderativo se establece que, en relación con un determinado caso, existen dos principios aplicables, cada uno de los cuales lleva a una conclusión incompatible con la del otro. La *segunda premisa* señala que, en relación con ese caso, y dadas determinadas circunstancias, tal principio prevalece sobre tal otro. Aquí es donde entra en juego la fórmula de Alexy. Naturalmente, éste es también el punto crucial de la argumentación y, por tanto, el punto en el que suelen plantearse discrepancias; pero es importante resaltar que esas diferencias no suelen concernir a cuáles son los factores que deben entrar en la ponderación, sino más bien al peso relativo que se otorga a cada uno de ellos.

La conclusión del razonamiento (sólo implícita en la motivación del magistrado) es una regla (la *ratio decidendi* del caso) que empareja las circunstancias antes mencionadas con la consecuencia jurídica del principio prevalente (pp. 53-54).

Teniendo en cuenta lo expresado y en virtud de no solo estar en armonía con el procedimiento comentado, sino también tratar el mismo problema jurídico en análisis – colisión entre el Derecho a la libertad de expresión y el Derecho al honor y reputación personal– y por su referencia a los diversos antecedentes doctrinales y jurisprudenciales en el tema, se considera de sumo interés hacer mención del fallo “De Sanctis, G. H c/ López de Herrera, A. M. s/Daños y Perjuicios”, sentenciado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 17 de Octubre de 2019; en el cual el Dr. Rosetti en su voto expone, de manera muy clara, los argumentos jurisprudenciales en materia de ponderación de dichos Derechos, que la Corte Suprema ha ido delineando y del cual, según afirma, se basa a la hora de pronunciarse.

El juez explica en los considerandos 11, 12 y 13 del mencionado fallo, que la ponderación de los derechos en disputa deberá tener en cuenta tres criterios. En primer lugar, el grado de afectación de uno de los bienes en juego; seguidamente, la importancia de la satisfacción del bien contrario y por último, se considerará si la

satisfacción de uno justifica la restricción del otro. Todo ello, menciona el Juez, conforme la causa “Kimel, Eduardo G. c/República Argentina”, con sentencia del 2 de mayo de 2008, párrafo 88, doctrina que fue receptada en Fallos: 335:2150; 336:1148; 337:921.

Prosigue el Dr. Rosetti (2019) que en ese contexto se presentan siete parámetros razonables a considerar. En palabras del Juez Rosetti:

i) las circunstancias concretas en las que las expresiones debatidas se exponen; ii) la mayor o menor virulencia de las locuciones y/o frases utilizadas y el contexto en el que fueron expuestas; iii) su tono humorístico o mordaz; iv) el hecho de afectar al agraviado solo en relación con su comportamiento y desempeño como titular de un cargo público y no en su faceta íntima y privada en la medida en que estos aspectos -donde la tutela constitucional alcanza su máxima intensidad- no resulten relevantes para el debate político; v) la finalidad de crítica política perseguida; vi) la relevancia pública del asunto; y vii) la contribución (o la ausencia de contribución) a la formación de la opinión pública libre (cons. 12).

Concluye el Dr. Rosetti (2019), de acuerdo a los mencionados parámetros, que es dable inferir que cuando las opiniones y los juicios de valor o críticos versan sobre materias de interés público, la problemática de la colisión de derechos -por un lado el de dar, recibir y difundir informaciones u opiniones y por el otro el del honor y dignidad de las personas- debe dictaminarse, en principio, en favor del primero.

Prosigue en su voto el Juez del Alto Tribunal, que ese preferente valor constitucional, cuyo objeto es el resguardo del debate de cuestiones en materia de interés público, no constituye un salvoconducto de impunidad, ya que no hay un derecho al insulto ni a la ofensa injustificada. Sí obliga a seguir un estricto criterio en el examen de los presupuestos de la responsabilidad civil, ya que lo contrario resultaría nocivo para la formación de una opinión pública eficaz en razón de la parálisis que puede ocasionar la obligación de resarcir.

Para finalizar el análisis de la ponderación de derechos, el Juez Rosetti (2019), puntualiza que:

La libertad de expresión manifestada como juicio crítico o de valor o como opinión goza de protección constitucional prevalente frente al derecho al honor y a la reputación personal en la medida que:

- i) se inserte en una cuestión de relevancia o interés público;
- ii) se refiera al desempeño público o a la conducta de un funcionario o figura pública en relación a su actividad pública;
- iii) se utilicen frases, términos, voces o locuciones que:
 - guarden relación con la cuestión principal sobre la que se emite la expresión; y
 - no excedan el nivel de tolerancia que es dable exigir a quienes voluntariamente se someten a un escrutinio riguroso sobre su comportamiento y actuación pública por parte de la sociedad;
- iv) cuente, en su caso, con una base fáctica suficiente que permita dar sustento a la opinión o juicio crítico o de valor al que se halle estrechamente vinculada; y, contribuya -o resulte necesaria- para la formación de una opinión pública libre, propia de una sociedad democrática (Considerando 13).

Podemos concluir este apartado con la certeza de que la colisión de ambos Derechos Constitucionales, por su gran envergadura, conlleva a los Juristas a realizar un minucioso análisis caso por caso, a la hora de ponderar uno de ellos y restringir el goce del otro.

El peso que incline la balanza hacia la protección de la libertad de expresión o al honor y reputación personal, será –según lo indicado *ut supra*– el impacto y el propósito que tenga sobre el interés, el debate, la moral y el orden público, el tema en conflicto.

V. Fundamentos del interés y orden público en materia de género

Entonces, delimitado el análisis conceptual acerca de la ponderación de los derechos en colisión y volviendo al asunto que suscitó el conflicto en el fallo bajo análisis, es en este punto cuando hay que cuestionar: ¿tienen los asuntos en materia de género contenido e impacto en el interés público? Sin lugar a dudas la respuesta es Sí.

Se debe entender que el orden e interés público no es algo que se mantiene fijo, no es siempre igual. En este sentido, Medina y Yuba (2021) afirman que “el contenido del orden público muta, cambia, al decir de Lloveras y Salomón, según las valoraciones sociales imperantes en la comunidad” (p. 24).

El motivo de este cambio está relacionado con poner la mirada en los Derechos de los sectores más vulnerados de la sociedad (mujeres, niños/as, ancianos/as y personas con discapacidad) y con ello, la instauración de los Derechos Humanos pertinentes que, con su incorporación al ordenamiento jurídico -por medio del art 75 inc 22 CN-, influyó en el orden público que originariamente emanaba la Constitución Nacional (Medina y Yuba, 2021).

De allí la tenaz afirmación que los asuntos en materia de género están encuadrados vigorosamente en la órbita del interés público; esto no es sólo producto de la ardua lucha que las mujeres hace años vienen realizando, alzando la voz, pidiendo por el respeto de sus Derechos Humanos básicos, sino más específicamente por la diversa legislación que en materia de género se ha ido sancionando -sin dudas producto de esa lucha- tanto en el plano Internacional como Nacional, y que se ha ido incorporando a nuestro Ordenamiento Jurídico, la cual los funcionarios públicos de los tres poderes del Estado deben ponderar.

A modo de ejemplo, se puede mencionar el carácter de orden público que embisten las disposiciones de la Ley 26485 de “Protección Integral a las Mujeres”, sancionada en 2009; entre ellas, en su artículo 7, dicha Ley establece:

Art. 7º Preceptos rectores. Los tres poderes del Estado, sean del ámbito nacional o provincial, adoptarán las medidas necesarias y ratificarán en cada una de sus actuaciones el respeto irrestricto del derecho constitucional a la igualdad entre mujeres y varones. Para el cumplimiento de los fines de la presente ley deberán garantizar los siguientes preceptos rectores:

- a) La eliminación de la discriminación y las desiguales relaciones de poder sobre las mujeres;

- b) La adopción de medidas tendientes a sensibilizar a la sociedad, promoviendo valores de igualdad y deslegitimación de la violencia contra las mujeres;
- c) La asistencia en forma integral y oportuna de las mujeres que padecen cualquier tipo de violencia, asegurándoles el acceso gratuito, rápido, transparente y eficaz en servicios creados a tal fin, así como promover la sanción y reeducación de quienes ejercen violencia;
- d) La adopción del principio de transversalidad estará presente en todas las medidas así como en la ejecución de las disposiciones normativas, articulando interinstitucionalmente y coordinando recursos presupuestarios;
- e) El incentivo a la cooperación y participación de la sociedad civil, comprometiendo a entidades privadas y actores públicos no estatales;
- f) El respeto del derecho a la confidencialidad y a la intimidad, prohibiéndose la reproducción para uso particular o difusión pública de la información relacionada con situaciones de violencia contra la mujer, sin autorización de quien la padece;
- g) La garantía de la existencia y disponibilidad de recursos económicos que permitan el cumplimiento de los objetivos de la presente ley;

Todas las acciones conducentes a efectivizar los principios y derechos reconocidos por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Honorable Congreso de la Nación Argentina, 2009).

En comentario a citado artículo, Medina y Yuba (2021) explican: “el artículo 7° establece los principios rectores que se deben adoptar en las políticas públicas para el cumplimiento del respeto irrestricto del derecho constitucional a la igualdad entre mujeres y varones” (p. 381). Definen a las políticas públicas como “los proyectos/ actividades que un Estado diseña y gestiona a través de un gobierno y una administración pública con fines de satisfacer las necesidades de una sociedad” (p. 380).

Exponen también como ha ido modificándose la temática de la violencia de género; considerándose inicialmente como un problema judicial, para luego ser

entendida como un problema de política pública, que debe ser abordado por los tres poderes del Estado. Ello conlleva a evaluar y accionar las políticas públicas para dar respuesta justamente a los problemas públicos (Medina y Yuba, 2021). En palabras de las autoras:

Las políticas públicas reflejan no sólo los valores más importantes de una sociedad, sino también el conflicto entre valores. Las políticas dejan de manifiesto a cuál de los muchos diferentes valores se le asigna la más alta prioridad en una determinada decisión.

Es indiscutible que la eliminación de la discriminación contra la mujer es un valor social y para lograrlo se requiere de políticas públicas, que según el artículo 7º en comentario deben regirse por determinados preceptos fundamentales (p. 380) .

El citado artículo hace mención en su título a “preceptos rectores”. Al respecto Medina y Yuba (2021) nos aclaran que éstos “son los principios fundamentales que deben guiar nuestras políticas públicas que, aun no escritos, son los presupuestos lógicos de las normas legislativas, de los actos administrativos y de las decisiones judiciales relativas a las mujeres” (p. 391).

Referenciando a Rivera, las autoras nos aluden que la importancia de estos principios fundamentales es la función que cumplen tanto como fuente y como elemento de interpretación de la ley. Por lo que en definitiva, estos preceptos rectores de las políticas públicas resultan sugerencias, estándares o directivas a las cuales se debe acudir para esclarecer el sentido de normas o mismo para la creación de nuevas, resultando esto un límite al legislador y un norte al Poder Ejecutivo a la hora de diseñar las políticas públicas (Medina y Yuba, 2021).

Para concluir los fundamentos de por qué la materia de género tiene gran impacto en el interés público de nuestra sociedad, queda tan solo destacar el inciso “b” del aludido artículo, el cual expresa como precepto rector “la adopción de medidas tendientes a sensibilizar a la sociedad, promoviendo valores de igualdad y deslegitimación de la violencia contra las mujeres” (Art. 7, Ley 26.485); es sugestivo el comentario que realizan Medina y Yuba (2021) al respecto:

El lugar donde se la ha ubicado indica la trascendencia del principio, es que sin un compromiso social profundo la desigualdad estructural no se puede zanjar. Es por ello que toda política pública tiene que hacer hincapié en la promoción de valores de igualdad, ya que sin valores fundantes se pueden obtener efectos particulares pero no se logran cambios trascendentes.

La sensibilización en temas de género y diversidad sexual es un mecanismo esencial para la eliminación de la discriminación tanto a nivel de los organismos como de cara a la sociedad.

La sensibilización busca dotar a la sociedad de los instrumentos cognitivos necesarios para que sepa reconocer cuándo se inicia o se está ante un proceso de violencia y qué papel asumen las mujeres y los hombres como víctimas y agresores.

En este sentido, la violencia de género, para que se comprenda en todas sus dimensiones, requiere que se conozca en profundidad.

Con la implementación de este precepto rector se busca promover cambios culturales que influyan en el acceso equitativo de las mujeres a los procesos de innovación, ciencia y tecnología. En este sentido, la inclusión digital es imprescindible para erradicar la discriminación en ámbitos en donde se apliquen nuevas tecnologías (p. 394).

De allí la importancia que las mujeres y las agrupaciones feministas puedan expresarse libremente, no solo para hacerse oír, sino para sensibilizar, evidenciar y erradicar la problemática en materia de género.

En un informe titulado *Llamado a contribuciones Justicia de género y el derecho a la libertad de opinión y expresión* publicado el 31 de Julio de 2021 en la Asamblea General de las Naciones Unidas, por la Relatora Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión de las Naciones Unidas, Irene Khan, se hace hincapié en que “No se puede promover la igualdad de género ni la libertad de expresión de las mujeres si no se protegen los espacios en que éstas pueden organizarse” (párr. 42).

Se evidencia como las redes sociales, en este sentido, se han convertido en una de las herramientas de mayor impacto a la hora de sensibilizar a la sociedad sobre la problemática pública que constituye la violencia de género: un atentado contra los valores de convivencia democrática y una vulneración de los derechos humanos. Estas herramientas digitales permiten sensibilizar, al fomentar y difundir experiencias de superación y de recuperación de mujeres, que a través de su libertad y empoderamiento, sin dudas pueden servir a otras mujeres como modelo (Medina y Yuba, 2021).

VI. El escrache como denuncia pública y social en materia de género cuenta con protección constitucional

Se analizó el procedimiento de la ponderación de los derechos constitucionales en colisión, y se evidenció el gran interés y orden público que embiste la problemática pública en materia de género. Es momento de justificar por qué el *escrache* entendido como una denuncia pública, social e informal, cuando su contenido versa en materia de género, cuenta con protección constitucional.

Cuando se “escracha”, evidentemente se hace una manifestación negativa sobre una persona o una situación sobre la cual se tiene un notorio reproche, recriminación o indignación, pretendiendo con su divulgación que toda la sociedad conozca y se interrogue acerca de lo que ha acontecido o la personalidad que hay detrás de la persona denunciada. Ya se ha referenciado el impacto que hoy tienen las redes sociales en nuestra sociedad y estos escraches en la actualidad se publican principalmente por estos medios de comunicación.

Andrea Fernanda Schuster (2021) en *Tratado de Géneros, Derechos y Justicia*, considera en cuanto al origen de los escraches en materia de género que:

Por un lado, podemos entender que ante la ineficiencia del Estado para responder a denuncias en sentido formal en materia de género (digamos, a través de vías institucionales concretas), el escrache aparece como sustitución de una justicia “negada”, como acción directa. En este sentido, la denuncia es individual, contra un destinatario unívoco: el perpetrador de la violencia de género. Por otro lado, podemos entender que la razón a la que responden estos escraches es que, en un mundo

trazado por la poca credibilidad a la palabra de las mujeres cuando exclamamos que existe una estructura patriarcal violenta y opresiva, tenemos que recurrir al relato de nuestras experiencias personales para que la sociedad toda dé cuenta de la existencia de una problemática estructural históricamente invisibilizada. En este sentido, el destinatario de estos escraches deja de ser el escrachado en particular, y pasa a ser, por un lado, la sociedad, que debe (re)pensarse a sí misma en clave de género y, por otro lado, el Estado, para elaborar políticas públicas destinadas a la erradicación de la violencia de género.

No obstante, si bien los escraches en materia de género podrían responder a cualquiera de estas cuestiones, también es cierto que pueden hacerlo de manera simultánea (pp. 702-704).

Cuando una mujer, una agrupación feminista o quien sea, decide denunciar públicamente por violencia o discriminación basada en género, ya sea por medio de las redes sociales y/o cualquier otro medio de comunicación, indudablemente ejerce su derecho fundamental a la libertad de expresión. Al respecto, Irene Khan (2021) en su informe expone:

El derecho a la libertad de expresión se establece como un derecho amplio e inclusivo en el artículo 19 2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que abarca el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras y por cualquier medio. El Comité de Derechos Humanos ha aclarado que la protección de las informaciones e ideas incluye las que pueden conmocionar, ofender o perturbar [Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Handyside v. the United Kingdom*, 1976, párr. 49].

Este derecho abarca el derecho a acceder a la información, incluso de los organismos públicos, y obliga a los Estados a responder a las solicitudes de información de la población o de los medios de comunicación y a publicar de manera proactiva y difundir ampliamente la información que reviste un gran interés público.

La libertad de expresión puede restringirse. Según el artículo 19 3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, todas las restricciones deben estar fijadas por la ley y ser necesarias y legítimas para proteger los derechos o la reputación de otras personas, la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral públicas. La restricción debe ser el medio menos restrictivo de lograr el fin buscado y debe guardar proporción con ese fin. La aplicación de estas restricciones por los Estados no puede “poner en peligro el derecho propiamente dicho” (párrs. 53,54 y 58).

En los apartados anteriores ya se ha analizado el lineamiento sobre la ponderación del Derecho a la libertad de expresión sobre cualquier otro derecho personalísimo; se vislumbró como siendo uno de los derechos de mayor preeminencia entre todos los derechos constitucionales, no es absoluto y puede verse restringido cuando afecta los derechos al honor o intimidad. Empero, cuando nos referimos específicamente al ejercicio de la libertad de expresión manifestado como juicio crítico o de valor o como opinión en materia de género, no sería errado afirmar su ponderación y protección constitucional, ya que se inserta en una cuestión de relevancia o interés público y contribuye no solo al debate y a la formación de una opinión pública libre, sino también a la sensibilización de una problemática social de gran envergadura.

Por tanto, aunque los escraches en materia de género produzcan un daño en la esfera privada y pública de la vida del denunciado, afectando seguramente su honra y reputación, el discurso en materia de género debe ser empoderado.

Lo expresado anteriormente en este trabajo avala el comentario que precede, como así también diversa Jurisprudencia de la CSJN. Al respecto Schuster (2021) hace mención de la siguiente:

La CSJN ha entendido que cuando la información que afecta el honor o reputación de una persona es importante para el debate público, no corresponden respuestas jurídicas. Así lo ha dicho la CSJN en el caso “Pandolfi” (un supuesto de reproche penal por afectación al honor): “El punto de partida está en el valor absoluto que debe tener la noticia en sí, esto es, su relación directa con un interés público y su trascendencia para

la vida social, política o institucional” [CSJN, 1-7-97- “Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa <<Pandolfi, O. R. C/Rajneri, J. R.>>”, Fallos: 320:1272 consid. 9]. Asimismo, en el fallo “Di Salvo” (sobre responsabilidad civil) establece que “hay casos en que la protección al honor debe ser atenuada cuando se discuten temas de interés público” [CSJN, 19-05-2010, “Di Salvio, M. A. c/Diario La Mañana s/Daños y perjuicios”, 6to párrafo de los Dres. Fayt y Petracchi].

Según lo expuesto, se comparten las conclusiones a las que arriba la autora:

Creo que uno de los puntos fundamentales para entender al escrache en materia de género es entenderlo como parte del debate público en materia de violencia contra la mujer. Así, la protección que ha otorgado nuestro ordenamiento jurídico en los casos que hemos visto, parecería aplicar para estos escraches, a pesar de los daños (a veces gravísimos) que conllevan. (p.712)

Schuster (2021) también señala que el Estado argentino a través de los diversos tratados internacionales de Derechos Humanos, se ha obligado a tomar medidas que estén destinadas a la erradicación de la violencia y discriminación contra las mujeres. Ese compromiso internacional se encuentra reforzado con la adopción de medidas legislativas locales, en especial la ya mencionada Ley 26.485 de “Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales” (pp. 713-714).

Al referirse a las razones que motivan los escraches en materia de género, la citada autora señala que dichas denuncias toman forma de mensaje al Estado, donde se exclama que la violencia de género “no es un fenómeno aislado, sino estructural, y que las mujeres somos un grupo históricamente oprimido y desaventajado y, como tal, requerimos políticas públicas destinadas a nuestra protección y a la erradicación de la violencia” (p. 714). Por lo que resulta evidente -y como se expuso en el apartado anterior- los escraches tendientes a visibilizar la problemática de género son trascendentales para el debate público. Schuster (2021) también considera que en igual medida lo son aquellos escraches en que el motivo es la denuncia particular a una persona, puesto que si bien de algún modo se busca suplir la ineficiencia del Estado, de

todos modos se está participando del debate público, siendo relevante el hecho de que reviste interés público.

En este sentido, el escrache, cuando es realizado -por ejemplo- por quien resulta directamente afectado por la problemática, las expresiones vertidas deben estar aún más protegidas porque es factible que una restricción a la libertad de expresión en esos casos conlleve a un reclamo inaudible. De este modo, es importante que a la hora de realizar un reclamo y visibilizar una problemática, el Estado brinde las herramientas suficientes para poder expresarse y no se “condene” por las expresiones, ya que una posible condena en estos casos -sea un reproche penal o civil- a las manifestaciones en materia de género, pueden invitar al silencio y a continuar permaneciendo en una situación de desventaja. Es por ello, que deben estar permitidas las medidas desiguales tendientes a la igualdad de género, como una protección mayor a las denuncias en la materia, aun cuando resulten dañosas (Schuster, 2021, pp. 715-716).

Al cuestionamiento de si no existe ningún tipo de responsabilidad jurídica al ejercer la libertad de expresión denunciando públicamente un hecho de violencia de género, vía redes sociales y/o por cualquier otro medio de comunicación, así sea que el contenido de la denuncia recaiga sobre una conducta tipificada en el Código Penal – como ser violencia sexual o física- o una conducta que sin ser delito cae en la órbita de violencia de género –por ejemplo violencia psicológica; económica y patrimonial; simbólica o política-, se podría afirmar –en línea a la opinión de la autora- que sólo conllevaría a una responsabilidad civil ulterior en el caso que el escrache sea obra de proceder con *real malicia*.

Las responsabilidades penales por calumnias o injurias no resultarían procedentes en virtud que el mismo Código Penal –artículos 109 y 110 respectivamente- en ambos casos aclara que las expresiones referidas a asuntos de interés público no configuran en ningún caso delito de calumnias ni injurias, y según se ha expresado, los escraches en materia de género tienen la protección de resultar expresiones de interés público (Schuster, 2021, p. 719).

Retomando la cuestión de la “Real Malicia”, el propio fallo en análisis hace mención de esta doctrina adoptada por nuestra CSJN, originaria de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el icónico antecedente “New York Times vs Sullivan”. A

propósito, Schuster (2021) señala que esta doctrina ha sido receptada en diversos ordenamientos jurídicos con el fin de proteger a la prensa, pero también a las expresiones de particulares que generan algún tipo de daño pero que pertenecen al ámbito de lo que se ha ido denominando debate público. Esta doctrina supone que, para que la acción indemnizatoria por daños resulte procedente, debe probarse la “real malicia” de la emisora. Esta real malicia supone que la emisora se expresó con conocimiento de la falsedad de su manifestación, o con una imprudencia y notoria despreocupación sobre si el contenido de la expresión era falso o no. La prueba de que tal expresión reviste real malicia recae en quien demanda los daños. Esta doctrina ha sido receptada en fallos como “Pandolfi”, “Patito” y “Di Salvo” más recientemente. Por lo que, en el tema que aquí atañe, si éste fuera el caso, el escrachado, para poder percibir una indemnización por daños y perjuicios, deberá probar que quién lo denunció pública e informalmente lo ha hecho con real malicia, más allá de la existencia del hecho. Esto último de acuerdo a lo establecido por nuestra CSJN en el caso “Patitó, J. A. y otro c/ Diario La Nación y otros” en 2008:

Que el principio de real malicia, a diferencia del test de veracidad, no opera en función de la verdad o falsedad objetiva de las expresiones, pues entra en acción cuando ya está aceptado que se trata de manifestaciones cuya verdad no ha podido ser acreditada, son erróneas o incluso falsas. Lo que es materia de discusión y prueba, si de real malicia se trata, es el conocimiento que el periodista o medio periodístico tuvo (o debió tener) de esa falsedad o posible falsedad (Cons. 8).

Se concluye, que la denuncia social efectuada por cualquier medio de comunicación, ya sea manifestada por agrupaciones civiles que promuevan la disidencia de las mujeres en la búsqueda por el respeto de sus Derechos Humanos, así como cualquier persona que enarbola o expresa haber sufrido un ataque directo a sus Derechos por cuestión de género, cuenta hoy con una especial protección jurídica, siendo solo responsable y respondiendo ulteriormente por daños y perjuicios en el caso de accionar con real malicia. Mientras esto último no acaezca, el derecho a la libertad de expresión deberá ser empoderado frente al derecho al honor o reputación personal que pueda afectar y dañar a un individuo con el escrache.

Todo ello en virtud de ser una problemática actual y trascendental en el interés público, el debate público y el requerimiento de una respuesta urgente por parte del Estado por medio de políticas públicas acordes, que garanticen finalmente, el respeto de los Derechos Humanos básicos de las mujeres.

VII. La importancia de fallar con perspectiva de género

Esta unidad del trabajo denota un importante punto de inflexión a la hora de darle valor a todo lo expuesto precedentemente; puntualmente en lo que refiere a la protección jurídica de las denuncias públicas e informales en materia de género y su inherente interés público. Esto en virtud de que -como acontece en el fallo que se analiza- cuando no hay perspectiva de género en el juzgamiento –en el caso bajo análisis por el Tribunal de primera instancia- tampoco lo habrá a la hora de considerar al escrache como un derecho amparado en la libertad de expresión con preeminencia a cualquier otro derecho de igual jerarquía constitucional que se pueda afectar. En consecuencia, todo lo fundamentado anteriormente carecería de valor y la lucha por el respeto de los derechos de las mujeres quedaría marginada y obstaculizada eternamente, impidiendo deconstruir la preeminencia de una sociedad patriarcal como la que existe en la actualidad.

Medina y Yuba (2021) destacan a la perspectiva de género como “una de las herramientas esenciales para la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres” (p. 85). También señalan que constituye “un principio rector que tiende a la igualdad de las personas, debiendo aplicarse en todo ámbito de actuación (de todos los poderes del Estado)” (p. 85). Esto último de acuerdo a lo normado en el artículo 7 de la Ley 26485 de Protección Integral a las mujeres –transcripto en el punto V– el cual establece haciendo referencia a los preceptos rectores que “Los tres poderes del Estado, sean del ámbito nacional o provincial, adoptarán las medidas necesarias y ratificarán en cada una de sus actuaciones el respeto irrestricto del derecho constitucional a la igualdad entre mujeres y varones” (Honorable Congreso de la Nación, 2009).

Por su parte, la Secretaría Técnica de la Comisión Permanente de género y Acceso a la Justicia de la Cumbre Judicial Iberoamericana en su documento titulado

Guía para la aplicación sistemática e informática del “Modelo de incorporación de la perspectiva de género en las Sentencias”, refiriéndose específicamente a la perspectiva de género en el Poder Judicial establece que:

Incorporar la perspectiva de género en la función judicial implica hacer realidad el derecho a la igualdad, respondiendo a la obligación constitucional y convencional de combatir la discriminación por medio del quehacer jurisdiccional para garantizar el acceso a la justicia y remediar, en un caso concreto, situaciones asimétricas de poder.

Una sociedad democrática demanda impartidores e impartidoras de justicia comprometidas con el derecho a la igualdad y, por tanto, investigaciones, acusaciones, defensas y sentencias apegadas a la constitución, a los derechos humanos y a los tratados internacionales que los consagran. Al aplicar la perspectiva de género quienes juzgan generan precedentes que coadyuvan a la construcción de un Estado respetuoso de los derechos humanos (p. 17).

Medina (2018) reclama que la no incorporación de la perspectiva de género en la toma de decisiones judiciales conlleva al continuo fracaso en la lucha por la igualdad real de las mujeres; ya que deja sin valor la abultada legislación existente de todas las esferas -supranacional, nacional y provincial- si a la hora de aplicarla se ignora la perspectiva de género y se sustancia el proceso con un idéntico mecanismo procesal a cualquier otro proceso, juzgando sin considerar la cuestión de género y su problemática que en definitiva es lo que da origen al conflicto (p. 3).

Por el contrario, cuando sucede a la inversa, cuando la perspectiva de género es correctamente utilizada y muchas veces aplicada de forma transversal, como explican Castillo y Cooke (2020) sirve “para resolver un litigio acorde a lo que esa situación fáctica requiere, o de la manera más justa posible para ese caso en particular” (p. 6); teniendo como finalidad principal “satisfacer Derechos y necesidades del justiciable, por más que en algunas oportunidades se aleje de los preceptos de ley. Es por esto último, que es importante saber cuándo y cómo aplicar esta perspectiva” (Castillo y Cooke, 2020, p. 6).

Al respecto, en el documento ya citado de la Secretaría Técnica de la Comisión

Permanente de género y Acceso a la Justicia de la Cumbre Judicial Iberoamericana, aprobado durante la Segunda Ronda de Talleres de la XVIII Cumbre Judicial Iberoamericana que se llevó a cabo en Bogotá –Colombia- en 2015, se afirma que “la aplicación de la perspectiva de género en las decisiones judiciales es una de las principales preocupaciones en los diferentes órganos judiciales de los países de Iberoamérica” (p. 4); la Secretaría en su documento propone una “herramienta de trabajo para la cuantificación sistemática de indicadores de aplicación de la perspectiva de género en las sentencias”. El propósito según informa es “brindar elementos para que los funcionarios/as judiciales puedan introducir la perspectiva de género en las decisiones judiciales y contribuir al análisis para la medición y evaluación del ‘Modelo para la Incorporación de la Perspectiva de Género en las Sentencias Judiciales’” (p. 4).

Referenciado documento incluso hace mención acerca de cuándo debe ser aplicada la perspectiva de género:

Debe ser aplicada aun cuando las partes involucradas en un caso no la hayan contemplado en sus alegaciones en el curso del proceso.

Lo que determina sí en un caso o proceso se debe o no aplicar la perspectiva de género, es la existencia de situaciones asimétricas de poder o bien de contextos de desigualdad estructural basados en el sexo, el género o las preferencias/orientaciones sexuales de las personas. Tampoco la materia del asunto o la instancia en la que se resuelve, determina si se debe aplicar o no la perspectiva de género, ya que situaciones como las descritas antes se pueden encontrar en casos que se estudian en cualquier etapa del proceso, ya sea éste penal, civil, administrativo, constitucional, laboral, agrario o mercantil, etc. (P. 18).

También expone cuáles son las premisas básicas para juzgar con perspectiva de género:

Para lograr esta tarea se deben tener en cuenta estas premisas:

a. El fin del Derecho es combatir las relaciones asimétricas de poder y los esquemas de desigualdad que determinan el diseño y ejecución del proyecto de vida de las personas.

b. El quehacer jurisdiccional tiene un invaluable potencial para la transformación de la desigualdad formal, material y estructural. Quienes juzgan, son agentes de cambio en el diseño y ejecución del proyecto de vida de las personas.

c. El mandato de la igualdad requiere eventualmente de quienes imparten justicia, un ejercicio de deconstrucción de la forma en que se ha interpretado y aplicado el derecho (p. 18).

Por todo lo expuesto es interesante citar la siguiente reflexión que realizan Medina y Yuba (2021):

Cabe aclarar que para lograr juzgar con perspectiva de género se requiere reconocer que existen patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género. Cosa que la mayoría del tribunal no hace, porque no entiende que la desigualdad de género está presente en la sociedad y que es necesario analizar la realidad sobre la base de existencia de condiciones históricas de desigualdad entre hombres y mujeres.

Es muy importante que el juzgador comprenda que no es posible tener una mirada “neutral” a la hora de valorar los hechos y las conductas. O se tiene una mirada basada en una perspectiva de género o invariablemente se juzgará con una mirada patriarcal y estereotipada, que ha sido la posición dominante en nuestra cultura y, entonces, la situación de vulnerabilidad y dominación de las mujeres no tendrá fin (p. 312).

En analogía se afirma que “es necesario un intenso y profundo proceso de educación del juzgador que permita ver, leer, entender, explicar e interpretar las prácticas sociales y culturales con otra visión” (Medina, 2018, p. 7). En consonancia, resulta de muchísima trascendencia el dictado de la Ley Micaela (Ley 27.499) en 2019 la cual establece la capacitación obligatoria en género y violencia para todas las personas que se desempeñan en la función pública de los tres poderes del Estado.

Por su parte la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, delineó la “Guía interactiva de estándares internacionales sobre derechos de las mujeres” que, como manifiesta en el sitio web:

La guía es una herramienta pensada para facilitar el acceso y conocimiento a las normas internacionales y otros documentos elaborados por organismos del sistema regional y universal de derechos humanos sobre los derechos de las mujeres. Contiene una categorización amplia de los derechos de las mujeres, que luego conduce a subcategorías más específicas donde figuran los diversos documentos mencionados, permitiendo la búsqueda rápida de normas o estándares internacionales sobre un tema concreto (Oficina de la mujer, https://www.csjn.gov.ar/om/guia_ddmm/index.html).

Medina y Yuba (2021) afirman que:

Si bien el progreso es visible y la condición jurídica de la mujer ha mejorado inequívocamente en las últimas décadas, la igualdad efectiva entre mujeres y hombres dista mucho de ser una realidad. La brecha de género y las barreras estructurales persisten en muchos ámbitos, circunscribiendo a mujeres y hombres a su rol tradicional, y cercenan las oportunidades que tiene la mujer para ejercer sus derechos fundamentales. El seguimiento y los estudios periódicos ponen de manifiesto que los avances son muy lentos en lo que se refiere a la participación política, al acceso a la justicia y la erradicación de los estereotipos de género dañinos y al sexismo. La violencia contra la mujer continúa siendo una de las expresiones más acusadas de las relaciones desiguales de poder entre mujeres y hombres (p. 380).

Juzgar con perspectiva de género no solo da una respuesta al problema individual, sino que también transmite a la sociedad todo el mensaje que las cuestiones de violencia y discriminación contra la mujer no son toleradas, no quedan impunes y deben ser reparadas (Medina, 2018).

Para concluir:

No se debe olvidar que el género es una categoría utilizada para analizar cómo se definen, representan y simbolizan las diferencias sexuales en una determinada sociedad. Por tanto, el concepto de género alude a las formas históricas y socioculturales en que mujeres y hombres

construyen su identidad, interactúan y organizan su participación en la sociedad. Estas formas varían de una cultura a otra y se transforman a través del tiempo. Y que cuando se habla de perspectiva de género, se alude a una herramienta conceptual que busca mostrar que las diferencias entre mujeres y hombres se dan, más que por su determinación biológica, por las diferencias culturales asignadas a los seres humanos. Ahora bien, decidir o juzgar con perspectiva de género, también puede considerarse como una categoría de análisis que responde por las obligaciones derivadas de los instrumentos internacionales y nacionales tanto constitucionales como legales, encaminadas a prevenir, proteger y sancionar situaciones que tienen que ver con los derechos humanos de las mujeres, partiendo de aspectos tales como las situaciones asimétricas de poder y de desventaja, el entorno social, los mitos, prejuicios, sesgos y demás situaciones que deben ser tenidas en cuenta a la hora de decidir los casos judiciales.

Hacer realidad el derecho a la igualdad y la no discriminación es un mandato derivado de la Constitución y de los Instrumentos Internacionales, que obliga de manera especial a los/as administradores/as de justicia, quienes tienen el deber de juzgar con perspectiva de género y enfoque diferencial. Es por ello, que en su rol de funcionario/a judicial se debe hacer abstracción de sus condicionamientos, prejuicios, estereotipos y pre-conceptos que no permitan efectivizar los derechos humanos de las mujeres (Secretaría Técnica de la Comisión Permanente de género y Acceso a la Justicia de la Cumbre Judicial Iberoamericana, 2015, pp. 33 y 43).

Si hipotéticamente en el caso bajo análisis, los Jueces de Cámara no hubieran juzgado con perspectiva de género y se hubiera mantenido firme la errada sentencia de primera instancia, se puede afirmar férreamente que tanto la denuncia efectuada como la actitud reprochable del acusado hubiera quedado impune, eliminada y silenciada, como así mismo los derechos de quién denunció, censurados.

VIII. Reflexiones finales

Luego de un desarrollo minucioso, principalmente en cuanto a la implicancia y lugar que ocupa hoy en el debate público y en la agenda de políticas públicas del Estado la problemática sobre la violencia y discriminación de género en nuestra sociedad, así como la significativa importancia que conlleva realizar la actividad jurisdiccional con perspectiva de género para no perpetrar la estigmatización y el patriarcado, es de halagar la sentencia del Tribunal de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata en el caso bajo análisis de autos “C. F. C/ Facebook Argentina SRL S/ Habeas Data”; en razón que la decisión y los argumentos validados por los jueces han sido sumamente claros, específicos y marcan un precedente en la materia. La revocación de la sentencia de primera instancia resulta sumamente atinada, por ser ésta desacertada y contraria no solo a los principios sino también a una mirada acorde a los tiempos que se viven.

Como se expuso a lo largo del trabajo, los escraches en los cuales se denuncian situaciones de violencia o discriminación de género se encuentran bajo la protección del derecho constitucional a la libertad de expresión por su inherente interés público. Hay que recordar la importancia y el deber que acarrea el hecho de juzgar con perspectiva de género en especial en aquellos casos en los cuales se evidencian las relaciones asimétricas de poder, violencia y estereotipos discriminatorios de género.

Es notorio como estos nuevos aires que se respiran en Derecho van marcando precedente en la materia como lo es el caso de análisis. Estas nuevas miradas se pueden observar en fallos de distintas Cámaras de Apelaciones, posteriores al analizado, como ser “R. A. J. c/ Facebook Argentina SRL s/Amparo” con sentencia el 6 de Septiembre de 2020 en el cual se confirma el rechazo del recurso deducido; “Inc. de Apelación en autos G. O. C. c/Facebook Argentina SRL y Otro s/Habeas Data” con sentencia el 1 de Julio de 2021, en el cual -al igual que el fallo en análisis- se revoca la sentencia de primera instancia al sentenciar con perspectiva de género en contraste al tribunal a quo; y “B. C. N. c/V. V. y Otro s/Daños y Perjuicios” con sentencia el 29 de Diciembre de 2021 en el cual se revoca parte de la sentencia de primer grado, rechazándose la demanda contra la codemandada y confirmándose en lo que respecta al rechazo de la demanda contra la otra codemandada.

Todos estos fallos mencionados comparten el mismo problema jurídico, la

colisión de los principios fundamentales del Derecho a la libertad de expresión y el Derecho al honor y reputación personal en virtud de denuncias públicas en materia de género efectuadas vía redes sociales. Estos fallos hacen mención de la importancia de juzgar con perspectiva de género y en todos los casos se ampara el escrache publicado y le otorgan preeminencia a la libertad de expresión debido al inherente interés público que conllevan las denuncias manifestadas.

Los escraches, esas denuncias públicas, sociales e informales que normalmente circulan por los distintos medios de comunicación -en la actualidad con mayor presencia y frecuencia en las redes sociales- se han convertido en la herramienta de mayor influencia para combatir y embestir la lucha para la exposición y sensibilización de la problemática en la búsqueda de la erradicación de la violencia y discriminación contra la mujer y el colectivo LGBTIQ.

Al respecto, es dable recordar las populares campañas de protesta a nivel mundial contra la violencia de género y la lucha por los derechos de las mujeres realizadas vía redes sociales: “Ni una Menos”, “#METOO”, “Yo si te creo”, “*Denim day*”, “*Take back the night*”, “#AgarrameLaMano” y “#8M” por solo nombrar algunas. Estas campañas lograron un impacto sustancial en la manera de visibilizar la problemática de género, en especial respecto a la violencia en todas sus modalidades.

Es de destacar “Ni una menos”, ya que fue a partir de esta movilización que la lucha de los colectivos feministas en nuestro país tuvo su punto de inflexión, cuando el día 3 de junio del año 2015 se desarrolló la primer y multitudinaria marcha "Ni Una Menos" convocada espontáneamente por el femicidio de una adolescente, Chiara Paez que fue asesinada por su novio en Rufino, Santa Fe. Este pasado 3 de junio de 2022, se realizó la séptima marcha "Ni Una Menos" y en su convocatoria en las redes sociales se señalaba que: "A siete años de la primer marcha, se nos anuda la garganta, se nos estruja el corazón y con tanto viento en contra, el grito se escuchará más fuerte que nunca. Hoy, como hace siete años y como seguiremos haciendo hasta que dejen de matarnos, vamos a mirarnos, vamos a abrazarnos y vamos a gritar "NI UNA MENOS" "VIVAS Y LIBRES NOS QUEREMOS".

Esto, evidentemente, lejos de ser un slogan publicitario es un mensaje profundo y claro tendiente a continuar con la sensibilización y concientización de toda la sociedad

para terminar con la violencia de género.

Para culminar, se comparten los fundamentos que expresan Medina y Yuba (2021) acerca de la importancia de las campañas de educación y capacitación orientadas a la comunidad por parte del Estado:

Las campañas de educación y capacitación orientadas a la comunidad se deben realizar porque resulta indispensable desmontar la cultura patriarcal, los estereotipos y todos aquellos usos y costumbres que forman parte de la cultura de la desigualdad, y cuya sobrevivencia conduce a la sumisión, el maltrato, el miedo y, en casos extremos, la muerte de las mujeres.

Se deben realizar campañas porque no basta sancionar ni reparar, hay que prevenir. No basta con sancionar a los violentos y reparar a las víctimas; es necesario enfrentar la dialéctica de cambios, promover reflexiones críticas sobre el machismo con los hombres jóvenes y articular alianzas con hombres que pueden servir como modelos para generar formas democráticas de ser hombre para los jóvenes en las familias, comunidades, escuelas, puestos de trabajo y servicios de atención de las víctimas de violencia (P. 439).

La lucha es ardua, el camino muy largo, pero la dirección es la correcta y con el compromiso de todos los actores de la sociedad, con el accionar indispensable de los tres poderes del estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), dirigidos en un mismo y único sentido, seguramente se obtendrá una sociedad más justa, igualitaria y libre de violencia y discriminación de género.

Referencias

- Atienza, M. (2010). *A vueltas con la ponderación*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, N°44, p. 43-59 Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4214287>
- Basterra, M. I. (2015). *El derecho al honor y los medios de comunicación. El caso Argentino*. Academia Colombiana de Jurisprudencia. Recuperado de <http://marcelabasterra.com.ar/derecho-al-honor-art/>

- Castillo, M. C. y Cooke, E. (1 de Junio de 2020). *Algunas perspectivas “que no deberían faltar” en las resoluciones judiciales de estos tiempos*. Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ). <http://www.saij.gob.ar>
- Khan, I. (30 de Julio de 2021). *Llamado a contribuciones Justicia de género y el derecho a la libertad de opinión y expresión*. Relatora Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, Asamblea General de las Naciones Unidas. <https://www.ohchr.org/es/calls-for-input/call-submissions-gender-justice-and-right-freedom-opinion-and-expression>
- Medina, G. (2018). *Juzgar con Perspectiva de Género. ¿Por qué juzgar con Perspectiva de Género?*. Pensamiento civil. <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2018/09/Doctrina3804.pdf>
- Medina, G. y Yuba, G. (2021). *Protección integral a las mujeres Ley 26.485 comentada*. Santa fe: Rubinzal-Culzoni.
- Oficina de la mujer de la CSJN. *Guía interactiva de estándares internacionales sobre derechos de las mujeres*. https://www.csjn.gov.ar/om/guia_ddmm/index.html
- Schuster, A. F. (2021). ¿Derecho al escrache? Consideraciones acerca de la protección de la libertad de expresión en casos de denuncias en materia de género en la Argentina. En Roncoroni, L. y Clérico, L. (Coord.). *Tratado de géneros, derechos y justicia. Derecho Constitucional y Derechos Humanos*. (pp. 699–723) Santa fe: Rubinzal-Culzoni.
- Secretaría Técnica Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia. (Mayo de 2015). *Guía para la aplicación sistemática e informática del “modelo de incorporación de la perspectiva de género en las Sentencias”*. Cumbre Judicial Iberoamericana. <http://www.cumbrejudicial.org>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Kimel vs. Argentina”. 2 de Mayo de 2008.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Patitó, José Ángel y otro c/Diario La Nación y otros”. 24 de Junio de 2008.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. “De Sanctis, G. H c/López de Herrera, A. M. S/ Daños y Perjuicios”. 17 de Octubre de 2019.

Cámara Federal de Apelaciones de La Plata. Sala III. Causa N° FLP 7640/2019/CA1
“C. F. C/ Facebook Argentina SRL S/ Habeas Data”. 11 de Junio de 2020.

Cámara Civil y Comercial Federal. Sala I. Causa N° 3442/2020/CA1 "R. A. J. c/
Facebook Argentina SRL s/Amparo”. 6 de Septiembre de 2020.

Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca. Sala II. Causa N° 12042/2019/2/CA1
“Inc. de apelación en autos G. O. C. c/Facebook Argentina SRL y Otro s/Habeas
Data”. 1 de Julio de 2021.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal. Sala H. Causa
N°60934/18 “B. C. N. C/V. V. y Otro S/Daños y Perjuicios”. 29 de Diciembre de
2021.

Ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres. Honorable Congreso de la Nación
Argentina. 11 de Marzo de 2009. B. O. 14 de Abril 2009.