

El alcance de la tutela constitucional sobre la libertad de expresión. El caso de los sitios de Internet.

Por: Marcela I. Basterra.

Sumario. 1. Introducción. 2. Los hechos del caso *“Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. c/Castañeda Matías”*^{1[1]}. 3. Análisis general de la sentencia. 4. El alcance de la protección constitucional de la libertad de expresión. 4. a. La interpretación de los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional. Su encuadre en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. 5. Reflexiones finales.

1. Introducción.

Preliminarmente, reviste fundamental importancia acotar con la mayor claridad posible, el tema objeto de estudio en el presente trabajo. En el fallo *“Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. c/Castañeda Matías”* nuevamente se debate acerca de una temática que es relativamente novedosa, atento la contemporaneidad de la misma, que no es otra que la protección de las ideas que se manifiestan a través de Internet, o a la inversa las responsabilidades ulteriores que de las mismas derivan.

Vale recordar que en el marco de la ONU, el 1° de junio de 2011 una Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet^{2[2]} dispuso que; *“La libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación. Las restricciones a la libertad de expresión en Internet solo resultan aceptables cuando cumplen con los estándares internacionales que disponen, entre otras cosas, que deberán estar previstas por la ley y perseguir una finalidad legítima reconocida por el derecho internacional y ser necesarias para alcanzar dicha finalidad (la prueba “tripartita”)”*.

1[1] CNCiv, Sala III, *“Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. c/Castañeda Matías s/ cese de uso de marcas / daños y perjuicios”*, sentencia del 11/02/2014.

2[2] En ésta participaron el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión -Frank LaRue-, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) -Dunja Mijatović-, la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión -Catalina Botero Marino-, y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) -Faith Pansy Tlakula-.

A su vez, en julio del año 2012 el Consejo de Derechos Humanos de la ONU ha emitido una resolución, reconociendo por primera vez el derecho a la libertad de expresión en Internet. En este marco sostuvo que; *"el ejercicio de los derechos humanos, en particular del derecho a la libertad de expresión en Internet, es una cuestión que reviste cada vez más interés e importancia debido a que el rápido ritmo del desarrollo tecnológico permite a las personas de todo el mundo utilizar las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones"*.

En estas mismas coordenadas, en la Declaración Conjunta del 2012 realizada por el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, y la Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión de Derechos Humanos de la OEA; se advirtió que las leyes que regulan Internet deben tener en cuenta sus características especiales como herramienta única de transformación, que permite a miles de millones de personas ejercer su derecho a la libertad de pensamiento y expresión.

Entiendo que es este el canon interpretativo que deberá tenerse en consideración para analizar la sentencia *"Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. c/Castañeda Matías"*, donde si bien en apariencia se presenta una colisión entre el derecho alegado por la actora, a la protección de lo que consideraba era su marca, por un lado; y el derecho a la información del demandado, por el otro. Lo cierto es que el fondo de la cuestión se circunscribe a la utilización del *blog "quetepasaclarin.com"*, como un medio para ejercer el derecho a la información. En otras palabras, el asunto a debatir es el uso de Internet para concretar el derecho a la libertad de pensamiento.

2. Los hechos del caso *"Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. c/Castañeda Matías"*.

Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. interpuso demanda contra el Sr. Matías Castañeda, con el objeto de obtener el cese en el uso indebido de la marca *"Clarín"*, la cancelación y baja del dominio *"quetepasaclarin.com"*; y por último, solicitó la reparación de los daños y perjuicios ocasionados.

El *a quo* hizo lugar a lo solicitado, lo que motivó que la parte demandada apelara tal decisión en el entendimiento que; 1) la actora carecía de legitimación activa; 2) el nombre del *blog* y de la marca no daban lugar a confusión alguna, 3) su uso comercial no había sido afectado, y 4) no se había producido una infracción marcaria. Finalmente, cuestiona el otorgamiento de daños y perjuicios, como también la transferencia del dominio.

La Sala III de la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, decidió revocar la decisión del juez de primera instancia, priorizando la libertad de expresión, por sobre el derecho marcario.

3. Análisis general de la sentencia.

Para resolver de este modo, la Alzada analiza de manera individual todos los agravios planteados por el Sr. Castañeda.

En relación al primer punto, el demandado entiende que la empresa carece de legitimación para actuar, dado que el nombre del *blog* responde a una frase expresada por el ex Presidente Néstor Kirchner; afirmando que en todo caso sería él quien estaría legitimado para accionar.

Sin embargo, el Tribunal entiende que el pedido debía ser desestimado, toda vez que efectivamente en el nombre del portal se aludía a la marca, que es propiedad del actor y es por ello que -como titular de la misma- tiene derecho a requerir su protección legal.

Respecto del segundo agravio, consideró necesario señalar que de acuerdo con lo establecido por la ley N° 22.362[3], el trámite de registro confiere a su titular el derecho exclusivo de uso de la misma –artículo 4°[4]-. De esta manera, se prohíbe a terceros su utilización, o la de cualquier otra denominación que pueda producir confusión a los consumidores.

La página *web* es un espacio público, -en el caso en estudio- vinculado con la libertad de expresión y la libre discusión acerca de los medios de comunicación. En este sentido, la Cámara subraya que si bien es cierto que el nombre del portal hace referencia a una marca de titularidad de un tercero, entiende que esta circunstancia no conduce en modo alguno al engaño, ni permite suponer una intensión de competencia desleal o desconocimiento de la titularidad por parte del Sr. Castañeda. Agrega además, que *“no es posible confundir ideológicamente una cosa con su contraria, si el examen conceptual sugiere contenido contrapuestos, aunque tengan un elemento de referencia común”* (Considerando 5°).

Queda claro para el tribunal que la mención realizada es simplemente una referencia; resta entonces analizar si esta alusión se ha hecho con el objeto de desacreditar la marca *“clarín”*, generando un perjuicio a su titular. En este sentido y teniendo en miras lo expresado por Otamendi[5], la Cámara afirma que habrá denigración de una marca cuando: a) la persona obre con la clara y manifiesta intención de provocar un daño; b) sus propietarios sean competidores; y c) la marca cuestionada goce de cierto prestigio. Igualmente, sostuvo que lo que la ley prohíbe es el uso de la marca ajena como si fuera propia, pero no su uso como ajena.

Sobre esta cuestión, la Alzada resolvió que no existía una actitud denigratoria por parte del demandado, ello básicamente haciendo hincapié en tres motivos: 1) la inclusión del término

[3] Ley 22.326, publicada en el B.O. del 02/01/1981.

[4] Ley 22.362, artículo 4°.- *“La propiedad de una marca y la exclusividad de uso se obtienen con su registro. Para ser titular de una marca o para ejercer el derecho de oposición a su registro o a su uso se requiere un interés legítimo del solicitante o del oponente”*.

[5] OTAMENDI, Jorge, *Derecho de Marcas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 2002, p. 108.

no era azarosa, 2) la frase utilizada representa el perfil que el creador del *blog* pretende darle al espacio, y 3) no induce a error acerca de la vinculación que pudiera tener el titular del *blog*, con la empresa.

Siguiendo esta línea argumental consideró que Clarín no fue afectada; ello por cuanto existe una manifiesta falta de equivalencia entre las partes del litigio. En efecto, el propietario del *blog* no es un empresario de medios de comunicación, ni tampoco un eventual competido; muy por el contrario, se trata de un simple particular que desarrolla una actividad sin fines de lucro, con el propósito de promover la libre discusión acerca del rol de los medios en la sociedad. Con estos fundamentos, la Cámara decidió que el posicionamiento crítico del demandado no causa ningún tipo de perjuicio a la empresa.

En referencia a la posible comisión de una infracción marcaria, recuerda que existe una discusión doctrinaria sobre el momento en el que queda configurada la transgresión. El Tribunal se enrola en la postura que sostiene que el objetivo de la ley es evitar el aprovechamiento indebido de la marca ajena, y no simplemente su uso sin la autorización de su titular. Además, con excelente criterio, colige que de admitirse que la legislación establece la prohibición de hacer referencia a cualquier marca, se estaría convalidando una grave afectación al derecho a la información.

Valiéndose de la extensa normativa nacional e internacional existente en la materia, determina que la titularidad de un portal *web* y su contenido gozan de un elevado nivel de protección.

Finalmente, aborda el análisis de los daños que *Arte Gráfico Editorial Argentino S.A.* alega haber sufrido. El Superior manifiesta, que no resulta razonable suponer que un sitio que en cuatro meses tuvo apenas 94 “visitas” pueda causarle algún tipo de perjuicio atendible jurídicamente a una empresa con la entidad del grupo “Clarín”.

Acertadamente, interpreta que el fallo de primera instancia tuvo en cuenta solamente la normativa en materia marcaria, sin considerar que ésta resulta insuficiente para resolver un caso en el que están comprometidos aspectos vinculados con la libertad de expresión. Para así decidir, parte de un contenido amplio del derecho a la libertad de información, señalando que la tutela que la normativa constitucional le proporciona a este derecho, no se circunscribe únicamente a la prensa escrita sino que se extiende a los pensamientos que puedan difundirse a través de un sitio de Internet.

Con estos fundamentos resuelve revocar la sentencia y desestimar la demanda interpuesta por *Arte Gráfico Editorial Argentino S.A.*

4. El alcance de la protección constitucional de la libertad de expresión.

Con el surgimiento del Estado de derecho y el denominado “constitucionalismo clásico”, casi todos los textos constitucionales incorporan un mecanismo de preservación de la libre expresión, y su derivación natural que es la libertad de prensa.

El concepto individual de la libertad, se traduce en un valor jurídico social que la organización política debe resguardar, presuponiendo un orden normativo y determinados estándares de seguridad. De este modo, el ordenamiento jurídico debe diseñar amplios espacios para el desarrollo armónico de las libertades individuales, y a la vez un alto grado de seguridad jurídica, corporizada en las garantías tutelares de la actividad del hombre^{6[6]}.

Sabido es, que los derechos no son absolutos, sino que son pasibles de reglamentación; siempre que ésta se adecue al principio de razonabilidad y proporcionalidad. Siguiendo este lineamiento, el ejercicio de un derecho debe guardar armonía con los restantes. En consecuencia, tampoco el derecho a la libertad de prensa lo es. Si bien hay un acuerdo casi unánime en relación al no ejercicio de la censura previa, sí se han reconocido otro tipo de límites, tales como; el derecho a la vida privada, al honor y a la propia imagen, entre otros tantos. Es aquí donde los medios de comunicación ocupan un papel relevante.

En tal sentido, la estructura de la comunicación masiva es al mismo tiempo, producto y promotor de la libertad de expresión. *“La estructura de los medios de comunicación que caracteriza a las democracias es una estructura policéntrica, de múltiples centros. El grado y la configuración de este policentrismo varía, y mucho, de país en país y, quien niegue su existencia real lo debe hacer frente al monopolio de las estructuras monocéntricas que caracterizan a los totalitarismos y a las dictaduras”*^{7[7]}.

En el sistema constitucional argentino, la protección a la libertad expresión surge de la interpretación armónica de los artículos 14, 32, 33, 60 -actual 68- y 83 de la Constitución de 1853/60. A partir de la reforma de 1994 queda incorporada en el artículo 43, 3º párrafo, por cuanto salvaguarda específicamente el secreto de las fuentes de información periodística; y por el artículo 75 inciso 22, en tanto incorpora Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, que contienen normas protectoras de tan altísima libertad.

En esta oportunidad, el análisis se centrará en los artículos 14 y 32 constitucionales, específicamente en lo concerniente al alcance de la protección de los medios de comunicación.

4. a. La interpretación de los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional. Su encuadre en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

El artículo 14 establece; *“Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber (...) de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa (...)”*.

6[6] BADENI, Gregorio, “La publicación de las sentencias judiciales y el derecho a la intimidad”, LL, 1993-B, p. 355.

7[7] SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, Editorial Taurus, Buenos Aires, 2003, p. 101.

Según Carlos Nino^{8[8]}, en el sistema demoliberal identificado con la división de poderes, la libertad de expresión de las ideas es un bien central en la concepción liberal de la sociedad. Sin embargo, no siempre son tan evidentes las justificaciones de esa centralidad, como tampoco lo son las razones que fundan una protección mayor para aquella libertad de la que gozan los actos humanos, que no causan daño a terceros.

El conjunto de derechos y libertades relacionados con la comunicación tanto de ideas como de noticias, ha tenido diversas denominaciones en la doctrina y la legislación comparada. En efecto, se hace referencia a la libertad de expresión, de prensa, de imprenta, de opinión, de palabra, etc.

Ekmekdjian^{9[9]}, siguiendo la definición dada por la Corte Suprema de Justicia en el caso “Ponzetti de Balbín”^{10[10]}, los agrupó bajo el rótulo “derecho a la información”, abarcando en este concepto a todo el haz de derechos y libertades que se dirigen a la expresión y a la comunicación pública de ideas y noticias.

La norma reconoce a la libertad de prensa, otorgándole una protección peculiar frente a la censura previa. De este modo, queda efectivamente tutelada en el marco constitucional esta libertad, sin perjuicio de la connotación política, cultural, religiosa, económica o comercial que puedan tener las ideas. Se trata por lo tanto, de la potestad de transmitir a los demás hombres el pensamiento propio, mediante cualquier forma de comunicación.

La cláusula constitucional referida al género de libertades individuales, dispone que el ejercicio de la libertad de prensa debe concretarse, de conformidad con las leyes reglamentarias.

Así, se advierte que el derecho a la libre expresión de ideas u opiniones, sin perjuicio que no puede ser objeto de censura, tampoco es un derecho absoluto. Por el contrario, se trata de una libertad en la que el individuo que la ejerce abusivamente, debe recibir las sanciones establecidas en la ley. La normativa no ampara la extralimitación en el ejercicio de la libertad de informar, sino su ejercicio razonable como lo prevé la Ley Fundamental y el plexo normativo concordante.

Con acierto enseña Badeni^{11[11]}, que las normas sobre libertad de prensa encuentran su límite en la prescripción del artículo 28 constitucional. En tal sentido, la Ley Suprema descalifica a

8[8] NINO, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la practica constitucional*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 260.

9[9] EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 516.

10[10] CSJN, Fallos 306:1892, “Ponzetti de Balbín Indalia c/ Editorial Atlántida S.A.”, (1984).

11[11] BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 480.

aquellas disposiciones cuando su contenido altera o desnaturaliza prerrogativas constitucionales. En caso de duda, debe ponderarse a la libertad de expresión, en virtud del principio *in dubio pro libertate* que rige la interpretación constitucional derechos y garantías.

Por otra parte, expresamente el artículo 32 prohíbe al Congreso Federal “(...) *dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal (...)*”.

Este precepto, siguiendo una interpretación literal a diferencia de lo expuesto anteriormente en relación a las distintas acepciones del término utilizado por el artículo 14, se refiere exclusivamente a la prensa escrita, quedando comprendidos los periódicos, revistas, afiches, libros y demás medios escritos. No obstante, si se toma el método de interpretación dinámica de las normas constitucionales, la libertad de prensa en la actualidad abarca el ejercicio de la libertad de expresión de manera pública, a través de cualquier medio de comunicación social.

De esta forma, los medios gráficos, la radio, el cine, la televisión, la comunicación abierta telefónica o por vía satelital mediante la interconexión de computadoras -y todo otro procedimiento técnico de comunicación-, quedan alcanzados por el clásico concepto de la libertad de prensa¹²[12].

El análisis de esta prerrogativa no debe desarrollarse a través de un enfoque literal y restrictivo, en franca contradicción con los cambios permanentes que se producen en la sociedad actual. Por el contrario, se realizará con un criterio esencialmente progresista o dinámico; dado que subordinar un aspecto de la vida social del tenor de las comunicaciones, a un criterio legal pétreo y carente de flexibilidad, constituye una visión que por no adecuarse a la realidad, corre el riesgo de terminar en la inexorable ruptura del orden jurídico. Por otra parte, no se evidencia que la tutela dispensada a la libertad de prensa se proyecta sobre la libre y pública expresión del pensamiento humano, cualquiera sea el mecanismo técnico empleado a tal fin¹³[13].

Finalmente, no puede soslayarse la jerarquía constitucional del Pacto de San José de Costa Rica, que sin duda influye notablemente al momento de interpretar el alcance de la protección constitucional otorgada a la libertad de expresión.

En efecto, en nuestro país el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es el punto de partida para abordar el derecho a la información, como un derecho/deber derivado de la libertad de expresión. Es en este ámbito, donde el derecho a la información aparece como una precondition para el ejercicio en plenitud del derecho a la libertad expresiva.

La base normativa para afirmar esta relación entre los dos derechos, es el mencionado artículo 13 de la Declaración Americana de Derechos Humanos, al establecer que; “(...) *toda persona*

12[12] BASTERRA, Marcela I., *Derecho a la Información vs. Derecho a la Intimidad*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2012, p. 54/60.

13[13] BADENI, Gregorio, “La regulación de la libertad de prensa: derecho interno, derecho internacional y tecnología”, LL 1995-E, p. 863.

tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

La Convención reconoce los derechos de expresar y difundir libremente el pensamiento, ideas u opiniones por cualquier medio de comunicación, con abstracción de la interferencia o intromisión de las autoridades estatales. Asimismo, garantiza la opinión pública libre, inherentemente ligada con el pluralismo político como valor fundamental y como un requisito indispensable en el desenvolvimiento del Estado de derecho.

Aunque la norma parecería referirse a la libertad de expresión, lo cierto es que en la voz *“recibir y difundir informaciones”*, se encuentra tutelado el derecho a ser informado, y correlativamente, la obligación de brindar información. Pese a la redacción de la Convención, la Corte IDH ha afirmado que la protección y promoción de un concepto amplio de la libertad de expresión, es la piedra angular de la existencia de una sociedad democrática, considerada indispensable para la formación de la opinión pública¹⁴[14].

El Tribunal ha señalado que; 1) una sociedad bien informada es sinónimo de una sociedad libre, 2) el derecho de libre expresión y acceso a la información, hacen notoria la importancia de la transparencia de las actividades estatales, las que favorecen a su vez el control ciudadano, 3) los medios de comunicación social juegan un rol esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión, por lo que es indispensable que tengan acceso a las diversas informaciones y opiniones, y 4) supone que una sociedad bien informada, propicia y robustece el debate público¹⁵[15].

5. Reflexiones finales.

Es de vital importancia subrayar, que en este caso se hace especial referencia al destacado rol que cumple la libertad de expresión en una democracia constitucional. Señalándose, que más allá de la fuerte protección legal que se otorga al derecho marcario, tradicionalmente el derecho a la información ha sido siempre de protección preferente atento al *status* de libertad preferida que ostenta.

Este rango privilegiado del derecho a la información, no implica que siempre y en todos los casos que sea confrontado con otros derechos tenga absoluta prioridad; sino que impone la obligación a los jueces de actuar con especial prudencia al atribuir responsabilidades por su

14[14] BASTERRA, Marcela I., *Derecho a la Información vs. Derecho a la Intimidad*, Op. Cit., p. 69/71.

15[15]Corte IDH., Caso *“Ricardo Canese v. Paraguay”*. Sentencia de 31/08/04. Serie C No. 111, y Caso *“Herrera Ulloa vs. Costa Rica”*, Sentencia de 02 de Julio de 2004, Serie C No. 107.

desenvolvimiento, y a realizar la tarea de interpretación con carácter sumamente restrictivo al momento de sacrificar tan excelsa libertad.

La importancia del fallo radica en que alejándose de la clásica perspectiva propietarista del derecho a la marca, reconoce expresamente las diversas formas de comunicación que ofrece Internet, y pondera la tutela del derecho a la libertad de expresión del "sujeto universal" de la información.

Una exégesis de esta naturaleza lleva a evitar que bajo el disfraz o amparo del derecho de propiedad, se convaliden acciones dirigidas a coartar arbitrariamente esta libertad. Justamente, esa es la clave del nuevo paradigma comunicacional, en el que la generación de información por parte del sujeto universal teje la trama de una auténtica democracia¹⁶[16].

El Tribunal, señala que el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de información, sino que además tiene la obligación de equilibrar –en la medida de lo posible- la participación de las distintas voces en el debate público, impulsando el pluralismo.

En este camino, se enrola en los estándares elaborados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en la Opinión Consultiva 5/8517[17] sostuvo; *"(...) Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas"*.

En tal sentido, no sólo está en juego el derecho de quien desea expresarse, sino también el derecho de toda la sociedad, a conocer las ideas de los demás y cotejarlas con las propias; así como el interés del sistema democrático en la circulación fluida de toda información. Es esta la posición adecuada, o al menos, la que coincide con los mejores estándares aplicados en las democracias constitucionales.

16[16] Eliades, Analía y Orestes Carella, Esteban, "Derecho de marcas y libertad de expresión. Apuntes sobre el caso "quetepasaclarin"", Id Infojus DACF140196, Disponible en www.infojus.gov.ar.

17[17] Corte IDH, "La Colegiación Obligatoria de Periodistas" (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC 5/85 del 13/11/85. Serie A No. 5.

