

SANTA ROSA, 13/10/2020

VISTO:

El Expte. Nº 9457/2020, caratulado: "MINISTERIO DE SALUD - SUBSECRETARÍA DE SALUD S/ INFORMACION SUMARIA (A LA AGENTE SOFIA MAGARZO DEL ESTABLECIMIENTO ASISTENCIAL DE EDUARDO CASTEX)", y;

CONSIDERANDO:

Que por Resolución No. 4095/20 del Ministerio de Salud se ordenó la instrucción de un sumario administrativo a la agente Sofía MAGARZO, dependiente del Hospital de Eduardo Castex a fin de determinar si incurrió en una irregularidad administrativa, respecto a la situación informada por el Director a fs. 3/6.-

Que la agente se desempeña en carácter de permanente, en el Estatuto de la Ley 1279, en la rama de Servicios Generales y Mantenimiento, desde el año 2016, y según informe de fs. 6 se encuentra usufructuando licencia por artículo 80 (Covid 19), desde abril hasta agosto del corriente.-

Que el mencionado funcionario puso en conocimiento de la Subsecretaría de Salud *"...la difusión a través de una red social (Whatsapp) en donde una agente de este establecimiento convoca a una marcha en contra del Hospital y de un listado de personas que incluyen a un diputado provincial, el objetivo de la presente es requerir se evalúe si dicha agente incurrió en alguna falta administrativa que deba ser estimada y eventualmente sancionada. Adjunto captura de pantalla de dicho mensaje y foto de perfil de la persona para corroborar su veracidad"*.

Que conforme la captura de pantalla obrante a fs. 4, el mensaje reenviado con fecha 27 de abril de 2020 reza: *"Hagamos una marcha para pedir justicia por este nene de 14 años y decirle basta a la corrupción en el hospital Pablo f Lacoste. basta all director López y basta a la corrupción del diputado González: con sus acomodos políticos, basta a pipo Gómez basta de Lucas Pinto, nos merecemos la ciudadanía de castex un hospital por y para la gente no para la política. nos concentramos a las 17 horas en la plaza y de ahí marchamos a pedir justicia al hospital"*.-

Que el tema traído a consideración en autos, fue tratado en

otras oportunidades por esta FIA.-

Que en el marco del expediente N°96.523-3/201, esta Fiscalía tuvo oportunidad de expedirse respecto a la libertad de expresión de los empleados públicos.-

Que el deber de discreción se configura como *un deber personal cuya finalidad consiste en no perturbar ni causar daños o molestias innecesarias a la propia Administración. A su vez es un deber generalizado en cuanto que todos los agentes están sometidos a él y no refiere a temas, asuntos o cuestiones concretas o específicas, sino que cubre genéricamente a todo aquello que se conoce por razón del cargo, puesto o lugar que se ocupa en la Administración. La pregunta aquí es: ¿pueden los agentes públicos criticar públicamente a la Administración para la que prestan servicios? Respecto a esta cuestión, cierta doctrina entiende que antes de criticar públicamente a la Administración y antes de dar a publicidad posibles anomalías, los agentes deben utilizar los medios internos que dispongan para mejorar el servicio¹. La advertencia a los compañeros y, en su caso, a los superiores de la existencia de irregularidades, anomalías o fallos, debe preceder a la denuncia pública. Entonces solo si la gestión interna del agente resultara ineficaz, y es razonable pensar que la denuncia pública mejorará el servicio, estaría justificada la utilización de ese medio, pero jamás para la publicación de críticas con fines personales tales como venganza, chantaje o coacción.*

Que la Corte Suprema de los Estados Unidos en materia de libertad de expresión en colisión con deberes de agentes públicos, se expidió en la causa "Pickering" de 1968.

Que en dicha causa la Corte de los EE UU dejó sin efecto la destitución que la Junta de Educación hizo a Pickering (un docente de una escuela pública) por enviar una carta a un periódico local criticando la administración de los fondos por parte de dicha Junta. El fallo de la Corte señaló que hay que considerar al sujeto no como empleado, sino como un ciudadano más; que las críticas no estaban dirigidas contra personas con las

¹ - SAINZ MORENO, Fernando, "Secreto e Información en el Derecho Publico" (1991).-

que estuviera en contacto directo (por lo que no se afectó la disciplina); que el cargo no era de los que requerían una lealtad personal; y que la cuestión es de interés público. Ahora bien, la importancia del mencionado precedente radica en que a partir de él, se fue delineando en la doctrina y jurisprudencia norteamericanas lo que se conoce como el “test de Pickering”, concepto que también adoptarían nuestros tribunales (Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza en autos “*García de Barranco*”, del 14-11-2000; y Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe en autos “*Cueva*”, del 7-7-2004, A. y S.T. 198, p. 384). Bajo este concepto de “test de Pickering” se analiza si la declaración de un agente refiere a materia de interés público, y si de ello se trata, luego se efectúa un balance entre la libertad de expresión y el deber de reserva o discreción en su caso.-

Que específicamente en la causa “*Cueva*” (del 7-7-2004, A. y S.T. 198, p. 384), la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe entendió de la cesantía dispuesta a quien criticó a las autoridades administrativas ante la prensa y en una campaña proselitista –el agente aspiraba a ser concejal-. Por mayoría, el Tribunal anuló la medida considerando, entre otros fundamentos, que **en el ámbito de la Administración Pública la libertad de expresión goza de una enorme amplitud, “mayor incluso que en el ámbito privado”; que la libertad de expresión resulta especialmente cualificada por el ejercicio de los derechos políticos, como así también por el ejercicio por parte de la ciudadanía del derecho a la información; que la tutela constitucional, si bien no genera un derecho al insulto, tampoco se cancela automáticamente por el solo hecho de que las críticas puedan molestar a sus destinatarios; y que no se trataba de una relación de empleo en la que haya correspondido potenciar la rigurosidad del poder jerárquico y la disciplina.-**

Que centrándonos ahora en el deber de respeto, y la colisión que puede llegar a plantearse entre este específico deber de los agentes públicos y la libertad de expresión, el Tribunal Constitucional Español tiene entendido que “...**la libertad de expresión abarca la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar**

o disgustar a quien se dirige... De la genérica imposición del deber de respeto al superior jerárquico no cabe derivar un límite especial y más intenso respecto a la libertad de expresión que legítimamente puede ejercitar un agente público...". (En la causa "Vázquez Arias", de fecha 17-1-2000).-

VII. Sobre las "**REDES SOCIALES**". Que la vía utilizada por la agente para vertir su opinión fue una cuenta personal de la red social Facebook.

En este sentido, tal como señaláramos mediante Res. N°61/15, la libertad de expresión no puede circunscribirse a un único canal o medio específico para su real ejercicio. Así, el principio 2 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión señala que ***"...todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, sexo, idioma, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"***.-

Que las "nuevas" formas de comunicación, tales como Internet y el uso de "redes sociales" a través de usuarios con nombres reales que hagan presumir a priori que se trata verdaderamente de "esas personas", constituyen en todo caso una nueva forma de ejercicio del derecho de libertad de expresión. Por su parte, en términos del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Promoción y la Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, Internet, como ningún otro medio de comunicación antes, ha permitido a los individuos comunicarse instantáneamente y a bajo costo, y ha tenido un impacto dramático en el periodismo y en la forma en que compartimos y accedemos a la información y las ideas².

Que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación recientemente se pronunció sobre el ejercicio de la libertad de expresión a través de Internet y expresó "...El término *"siniestro"* en el título de la noticia

² - Naciones Unidas. Asamblea General. Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. A/66/290. 10 de agosto de 2011. Párr. 10.

publicada para referirse a un funcionario público y describir los hechos que se vinculaban de manera directa con un interés público e institucional en el ámbito universitario, no contiene una expresión ajena al comentario de los acontecimientos expresados en la nota y, si bien es probable que haya molestado al demandante, no constituye sino uno de los precios que hay que pagar por vivir en un Estado que respeta la libertad de expresión por lo que la decisión que lo responsabilizó constituye una restricción indebida a ésta que debe ser revocada³.-

Que conforme lo sostenido por esta FIA mediante Res. Nº 61/15, los empleados públicos gozan del pleno ejercicio de su libertad de expresión, en la medida que no violen el secreto propio de su condición de agentes públicos.

Que las redes sociales han modificado la forma en que los ciudadanos se comunican, compran, trabajan y se entretienen.

Que la utilización de las redes sociales por parte de empleados y funcionarios públicos generan un desafío en esta materia, teniendo en cuenta la débil línea que en las redes separa la vida privada de la profesional.

Que ello así toda vez que lo que publique un empleado público en su red social puede ser interpretado como un mensaje de la organización pública en la que se desempeña.-

Que esta temática ha generado que distintas administraciones públicas en el mundo hayan elaborado Guías o Manuales de Uso de Redes Sociales con recomendaciones para sus empleados, cuyo contenido, si bien no es de aplicación obligatoria en la Provincia, sí sirven a modo indicativo de lineamientos interpretativos y evaluativos que deben ser tenidos en cuenta en casos como el presente.-

Que la **Comisión Europea** ha difundido sus '**Social Media Guidelines for all staff**'⁴ en las que recuerda que todos los empleados por la

³ - Causa "Sujarchuk, Ariel Bernardo c/ Warley, Jorge Alberto s/ daños y perjuicios", sentencia de 01 de agosto de 2013.

⁴ - Consultar en http://ec.europa.eu/ipg/docs/guidelines_social_media_en.pdf

Comisión están sujetos a unas 'staff regulation', que son el marco regulador de la relación laboral. **Lo interesante de estas guías es que formula cinco principios básicos para que el uso de las redes sociales no rebase los límites de la regulación estatutaria. Son los siguientes:** «...1) *Objetividad, lo que significa presentar los temas de una manera razonada y desprovista de prejuicios. 2) Imparcialidad, es decir, presentar las opiniones de una manera equilibrada y sin tomar partido por una posición, por ejemplo, al exponer las razones que hay detrás de una posición de la Comisión, aún admitiendo que puede haber diferentes puntos de vista. 3) Lealtad a la institución, es decir, una necesidad de presentar los puntos de vista de la institución o administración para la que se trabaja con la mayor claridad en líneas con los contenidos expresados anteriormente. 4) Discreción para no divulgar información reservadas a las que se haya podido tener acceso en virtud del trabajo desempeñado. 5) Prudencia para expresar mensajes que tengan que ver con la institución con precaución, moderación y sentido de la proporción y medida...».*

Que, finalmente, cabe reseñar la República Argentina adoptó el 1 de junio de 2011, la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet⁵ en la que se postula:

«...Principios generales. a) 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").

b) Al evaluar la proporcionalidad de una restricción a la libertad de expresión en Internet, se debe ponderar el impacto que dicha restricción podría tener en la capacidad de Internet para garantizar y promover la libertad de expresión respecto de los beneficios que la restricción reportaría para la protección de otros intereses.

c) Los enfoques de reglamentación desarrollados para otros medios de

⁵ Consultar texto en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849>

comunicación - como telefonía o radio y televisión- no pueden transferirse sin más a Internet, sino que deben ser diseñados específicamente para este medio, atendiendo a sus particularidades.

d) Para responder a contenidos ilícitos, debe asignarse una mayor relevancia al desarrollo de enfoques alternativos y específicos que se adapten a las características singulares de Internet, y que a la vez reconozcan que no deben establecerse restricciones especiales al contenido de los materiales que se difunden a través de Internet.

e) La autorregulación puede ser una herramienta efectiva para abordar las expresiones injuriosas y, por lo tanto, debe ser promovida.

f) Deben fomentarse medidas educativas y de concienciación destinadas a promover la capacidad de todas las personas de efectuar un uso autónomo, independiente y responsable de Internet ("alfabetización digital")...»

Que lo reseñado da cuenta de la importancia que han adquirido las redes sociales en los ámbitos laborales públicos, la necesidad de capacitar en la materia, generando conciencia del impacto que las publicaciones en las redes sociales pueden tener en nuestros respectivos trabajos y vida privada.

Que ello asimismo demuestra la necesidad de generar guías o pautas que den un marco claro de actuación a empleados y funcionarios públicos en las redes sociales.

Que sentado lo anterior, corresponde analizar las actuaciones respecto al actuar de la agente imputada.

Que así de las constancias de autos, surge que la agente Sofía MAGARZO, quien se encontraba con licencia desde marzo, en virtud de la pandemia, compartió a través de la red social WhatsApp una publicación que invitaba a una marcha contra el Hospital de Castex, su ámbito de trabajo- denunciando corrupción y pidiendo justicia por el fallecimiento de un adolescente en el nosocomio.

Que si analizamos la situación a la luz del test de pickering,

podemos concluir que si bien el tema planteado era de interés público, que las críticas estaban dirigidas a su superior jerárquico y compañeros en contacto directo.-

Que desde esta óptica, y a la luz de las previsiones de la Ley 643, con su accionar, la agente MAGARZO habría incurrido en una infracción al no conducirse con cortesía y respetuosamente en sus relaciones de servicio con el público, sus superiores, compañeros y subordinados y no haber denunciado las supuestas irregularidades mencionadas en el mensaje por las vías legales correspondientes.-

Que Sin perjuicio de ello, entiendo que dado lo novedoso de la temática, la ausencia en nuestra provincia de una guía o manual de uso de las redes por parte de las entidades públicas y sus integrantes, que permita concientizar a quienes formamos parte de la Administración Pública Provincial de la trascendencia que pueden adquirir las opiniones o conceptos que vertamos en las redes sociales y sus posibles consecuencias e impacto en el ámbito laboral y las condiciones personales de la agente, estimo corresponde recomendar al Ministerio de SALud el archivo de las actuaciones

Que sin perjuicio de ello, corresponde sugerir asimismo a la Dirección del E.A. de Castex se notifique la presente a la agente MAGARZO, haciendo saber que en caso de conocer irregularidades administrativas tiene obligación de denunciar, en los términos del inciso 38 inc. j) de la Ley 643 (*dar cuenta, por la vía jerárquica correspondiente, de las irregularidades administrativas que lleguen a su conocimiento*).-

Que asimismo corresponde sugerir que se instruya a la agente respecto de las consideraciones efectuadas en el presente sobre el uso responsable de internet en su calidad de agente público, y alentarla a un uso responsable de las redes sociales.

Que se actúa en uso de las facultades conferidas por el Artículo 11 de la Ley Nº 1830;

POR ELLO:

EL FISCAL GENERAL DE
LA FISCALÍA DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS
R E S U E L V E:

Artículo 1º.- Recomendar al Ministerio de Salud el archivo de las actuaciones, por las razones expuestas en los Considerandos.-

Artículo 2º.- Recomendar a la Dirección del E.A. de Castex: a) se notifique la presente a la agente Sofía MAGARZO, haciendo saber que en caso de conocer irregularidades administrativas tiene obligación de denunciar, en los términos del inciso 38 inc. j) de la Ley 643 (*dar cuenta, por la vía jerárquica correspondiente, de las irregularidades administrativas que lleguen a su conocimiento*) b) se instruya a la agente respecto de las consideraciones efectuadas en el presente sobre el uso responsable de internet en su calidad de agente público, y alentarla a un uso responsable de las redes sociales. -

Artículo 3º.- Dar al Registro Oficial y, cumplido, pase al Ministerio de Salud a sus efectos.-

RESOLUCION Nro. 709 /2020.-

///