

EL DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y EL DERECHO A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA

*The right to privacy and the right to freedom of information in the
doctrine and the jurisprudence of the Supreme Court of Argentina*

Víctor Bazán*

Catedrático de las asignaturas de Derecho Constitucional
y Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y
Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo,
San Juan, Argentina.
vicba2002ar@yahoo.com.ar

RESUMEN: El autor presenta en esta ponencia la configuración constitucional y legal, en el Derecho uruguayo, del derecho a la vida privada y del derecho a la libertad de información, y reseña la delimitación entre los mencionados derechos en la doctrina y la jurisprudencia de Uruguay, y, en el último caso, realiza la comparación con los estándares de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la vida privada, libertad de información, delimitación de derechos, doctrina y jurisprudencia de Argentina.

ABSTRACT: The author presents in this communication the constitutional and legal configuration, in the Argentinian Law, of the right to privacy and of the right to freedom of information, and outlines the delimiting between those rights in the doctrine

* Fundador y actual Director del Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos de la misma Facultad. Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Director de la Sección "Derechos Humanos" de la Asociación Argentina de Derecho Internacional e integrante del Consejo Directivo de esta Asociación. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Magistrado de la Cámara de Apelaciones de Paz Letrada de San Juan, Argentina. Recibido el 29 de abril y aprobado 22 de mayo de 2008.

and the jurisprudence of Argentina, and, in the last case, he does the comparison with the standards of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights.

KEY WORDS: Right to privacy - freedom of information -delimitation of rights - doctrine and jurisprudence of Argentina

I. INTRODUCCIÓN Y PLAN DEL TRABAJO

Para recorrer el camino propuesto en la indagación que preanuncia el título de esta contribución, en primer lugar intentaremos perfilar conceptualmente la libertad de información y otros derechos, como la honra y la vida privada, y describir el sustento que todos ellos receptan en la Ley Fundamental y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos a los que, por conducto de la innovación constitucional de 1994, se ha deparado jerarquía constitucional.

Tomando tales insumos conceptuales y jurídicos como plataforma de lanzamiento, exploraremos algunas interferencias y tensiones que pueden generarse, y de hecho así sucede, entre la libertad de información, por una parte, y la honra y la vida privada, por la otra; las que no pueden ser dirimidas *a priori* e *in abstracto*.

En tal confluencia temática, discurrida en el escenario del Estado Constitucional de Derecho, nos acercaremos a una cuestión axial: la utilidad que para superar esos episodios friccionales puede proporcionar a los jueces la técnica de la ponderación, asociada al juicio de razonabilidad y particularmente al principio de proporcionalidad.

Seguidamente, y adentrándonos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina (en adelante, la Corte o la Corte Suprema), enfocaremos algunos límites que ella ha impuesto respectivamente a la libertad de información y a los derechos a la honra y la vida privada, y presentaremos ciertos estándares que paulatinamente ha diseñado para superar los eventuales conflictos que entre ellos pueden producirse.

Por cierto, el trabajo estará iluminado por ciertas premisas jurídicas y axiológicas angulares, por lo que no estarán ausentes, *inter alia*, alusiones a: la íntima vinculación entre las libertades de expresión e información y la democracia, teniendo siempre presente que cuando se obstaculiza el libre debate de ideas y opiniones se cercenan tales libertades y el efectivo desarrollo del proceso democrático; el carácter preferente que aquéllas adquieren en la sociedad democrática, entre otros objetivos, para el desarrollo y la protección de los derechos humanos y el control del poder público, lo que no supone indemnidad de la prensa sino que le demanda a ésta un ejercicio ético y socialmente responsable; el distinto umbral de protección frente a la prensa de los particulares y de los funcionarios públicos o de personas que ejercen funciones de naturaleza pública, de políticos y de instituciones estatales, partiendo de la base de que estos últimos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad; y la prohibición de censura previa o de cualquier interferencia o presión directa o indirecta

que afecte a las mencionadas libertades, debiendo pugnarse por garantizar que las eventuales responsabilidades de la prensa sean siempre posteriores.

A su tiempo, el epílogo vendrá de la mano de las apreciaciones recapitulativas que se añadirán a las consideraciones conclusivas intercaladas en el nudo del trabajo.

II. PERFILES DE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y DE OTROS DERECHOS, COMO LA HONRA Y LA VIDA PRIVADA, Y UN ACERCAMIENTO A LA INTERACCIÓN Y TENSIONES ENTRE ELLOS

1. Advertencia previa

Resulta realmente complejo –cuando no imposible– determinar con precisión, y con valor universal, el contenido de algunos derechos fundamentales. Tanto, como ponerse de acuerdo en la denominación de cada uno de ellos, porque no siempre ni en todos los sitios se los identifica de la misma manera ni se les atribuye idénticos alcances, perfiles y límites, aunque respecto de este último ítem, no ignoramos la utilidad hermenéutica que aporta la doctrina del contenido esencial del derecho, que –valga el juego de palabras– funciona como un límite al límite de los derechos fundamentales.

Por ello, no parece desacertado predicar que los derechos que se anuncian en el epígrafe general de este sector del trabajo son en cierto sentido conceptos jurídicos indeterminados o, utilizando una gráfica expresión, son conceptos jurídicos impredecibles. Así, se revelan fluctuantes y con fronteras móviles, pues dependen de las valoraciones sociales, jurídicas, políticas y culturales, *inter alia*, de cada época y contexto geográfico determinados.

Teniendo a la vista tales prevenciones, y limitados por las exigencias impuestas a la presente ponencia por la organización del Seminario “La delimitación del derecho a la protección de la vida privada y el derecho a la libertad de información en la doctrina y la jurisdicción constitucional e interamericana”, intentaremos efectuar aquí algunas breves aproximaciones terminológicas y conceptuales a los aludidos derechos, por supuesto, sin pretensión alguna de brindar respuesta acabada al problema.

2. Sobre la libertad de información

Gelli recuerda que la *libertad de información* integra el haz de derechos que constituyen la libertad de expresión; incluye el derecho a la información y el libre acceso a las fuentes de aquéllas; los derechos a buscar, transmitir y difundir noticias de fuente propia o ajena, y a preservar la fuente informativa de la interferencia estatal, guardando silencio y no transmitiendo parte de la noticia, lo cual en ocasiones consiste en no indicar quién la genera.¹

¹ GELLI, María Angélica, “Convergencia de las doctrinas ‘Campillay’ y de la ‘real malicia’”, *La Ley*, Tº 1998-B, Buenos Aires, p. 295.

En tren de ilustrar este señalamiento, nótese que la Constitución española en su art. 20.1, inc. 'a' se refiere a la *libertad de expresión*, al decir que reconoce y protege el derecho "a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción"; mientras que en el inc. 'd' da cobertura tuitiva a la *libertad de información*, literalizando la protección del derecho "a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión...". Dicho artículo, en lo tocante al punto que aquí interesa, se completa con la prohibición de censura previa como restricción al ejercicio de tales derechos (ap. 2) y con el establecimiento de límites a éstos, entre los que especialmente se cuentan el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia (ap. 4).

A modo de fórmula conceptual sintetizadora, puede decirse desde un plano general y primario que la *libertad de expresión* se manifiesta de dos formas específicas: la *libertad de información* y la *libertad de opinión*.

En esa línea pareciera enrolarse la Constitución Política de Colombia en su art. 20,² respecto del cual la Corte Constitucional de dicho país ha dicho en el Fundamento 22 de la Sentencia T-066 de 1998: "El artículo 20 de la Constitución acoge una diferenciación, que es aceptada en la doctrina y la jurisprudencia de otros países, y que es importante de atender cuando se trata sobre la actividad que realizan los medios de comunicación. Así, mientras que, por un lado, el artículo establece la libertad de expresar y difundir los propios pensamientos y opiniones, por el otro se señala que existe libertad para informar y recibir información veraz e imparcial. La primera libertad se refiere al derecho de todas las personas de comunicar sus concepciones e ideas, mientras que la segunda se aplica al derecho de informar y de ser informado sobre los hechos o sucesos cotidianos. Las dos libertades reciben un trato distinto: así, mientras que la libertad de expresión *prima facie* no conoce límites, la libertad de informar está atada constitucionalmente a dos condiciones, a saber: la veracidad y la imparcialidad. La explicación del desigual tratamiento de estas dos libertades salta a la vista: en una sociedad democrática y liberal no se puede impedir que cada cual tenga y exponga sus propias opiniones, pero algo diferente es que exponga hechos que no corresponden a la realidad o que suministren una versión sesgada de ella, induciendo así a engaño a los receptores de información".

Uno de los aspectos problemáticos que se desprende de este tema es la delgada línea que a veces separa las libertades de información y de opinión. Aquélla, *prima facie*, limitada y susceptible de ser sometida al control de veracidad, mientras que la segunda (en tanto se exterioriza por juicios de valoración) no estaría sujeta a tal test. Si bien en

² Tal cláusula dispone: "Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

"Éstos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura".

teoría la distinción puede aparecer consistente, no siempre las cosas resultan tan lineales y sencillas, pues por ejemplo –como *mutatis mutandi* advierte Bertoni–, algunas veces la opinión encierra afirmaciones fácticas de las que sí podría exigirse prueba.³

A su tiempo, añadiendo otro pliegue a este juego de denominaciones y perfiles semánticos de los derechos que enfocamos, Badeni entiende que la *libertad de prensa* es el ejercicio de la libertad de expresión de manera pública y por medio de cualquier medio técnico de comunicación social.⁴

Luego de las breves consideraciones precedentes vertidas a modo de materia prima conceptual para orientar la indagación que efectuaremos, abordaremos ahora las previsiones que al respecto contiene la normativa argentina. Entre ellas, se cuentan:

§ ya antes de la reforma constitucional de 1994, y mantenidas luego de ella, pueden mencionarse las siguientes previsiones, complementadas con la interpretación a la que la Corte Suprema de Justicia las fue sometiendo: el art. 14, en particular lo relativo al derecho a publicar las ideas por la prensa sin censura previa; el art. 32, en torno a la prohibición al Congreso Federal de dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal; el art. 33, en punto a los derechos y garantías no enumerados; y el art. 28 acerca de la proscripción de alterar los principios, garantías y derechos –reconocidos en la Constitución– por parte de las leyes que reglamenten su ejercicio;

§ por conducto de la aludida innovación constitucional se ha producido un acrecimiento cuantitativo y cualitativo del área de protección de la libertad de expresión por vía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos a los que se ha adjudicado jerarquía constitucional por medio del art. 75, inc. 22, párr. 2º,⁵ v.gr.: el art. 19

³ BERTONI, Eduardo A. (2000) *Libertad de expresión en el Estado de derecho. Doctrina y jurisprudencia nacional, extranjera e internacional*, Buenos Aires, Editores del Puerto, p. 25.

⁴ BADENI, Gregorio (1995), “La regulación de la libertad de prensa: derecho interno, derecho internacional y tecnología”, *La Ley. Suplemento especial*, Buenos Aires, 15 de noviembre de 1995, p. 13.

⁵ La atribución de jerarquía constitucional se hizo en las condiciones de vigencia de los instrumentos internacionales citados en dicho párr. 2º del inciso analizado, además de consignar que aquéllos no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución (es decir, la sección dogmática) y que deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

Los documentos internacionales beneficiarios de jerarquía constitucional originaria son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por su parte, en el párr. 3º de ese inciso se ha estatuido el procedimiento para que el Congreso adjudique tal valencia a otros tratados y convenciones sobre derechos humanos (naturalmente luego de aprobarlos) más allá de los que la Ley Fundamental nomina primigeniamente. Así, y sobre la base de tal

de la Declaración Universal de Derechos Humanos –DUDH–, sobre el “derecho a la libertad de opinión y de expresión”; el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCP–, en punto al derecho a no ser molestado a causa de las opiniones, libertad de expresión –que comprende la de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole–, que entraña deberes y responsabilidades especiales y que puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán estar expresamente fijadas por ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás y para la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas; y el 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante: CADH), concebido de manera semejante a la última norma citada;⁶ y

§ además, se ha brindado un plus protectivo al secreto de las fuentes de información periodística por conducto de la parte final del párr. 3° del art. 43 de la Ley Fundamental, referido al hábeas data.⁷

Dicho ello, es conveniente colacionar aquí que la Corte IDH se ha encargado de poner de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión: *individual*, es decir, como derecho de cada persona, pues se requiere que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento; y *social*, esto es, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.⁸

atribución congresal se ha deparado cotización constitucional *ex post* a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, por conducto de la Ley 24.820, publicada el 29 de mayo de 1997; y a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, por medio de la Ley 25.778, publicada el 3 de setiembre de 2003.

⁶ No puede obviarse que la libertad de expresión es un derecho fundamental reconocido además, *inter alia*, por la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, la Resolución 59(I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas y la Resolución 104 adoptada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO).

⁷ Cabe aclarar que el párr. 3° del artículo 43 constitucional ha sido desarrollado reglamentariamente por la Ley 25.326 de Protección de los Datos Personales (Boletín Oficial de 2 de noviembre de 2000), que, entre otros puntos, prefigura la acción de protección de los datos personales o de hábeas data.

El párr. 3° del art. 1 de dicha preceptiva legal advierte que “*lejn ningún caso se podrán afectar la base de datos ni las fuentes de información periodísticas*” (la bastardilla nos corresponde), es decir que no sólo diseña un marco protectivo de las fuentes sino también de las bases de datos de información periodística. En línea convergente, el art. 40, *ibíd.*, relativo a la “confidencialidad de la información”, estatuye en su inc. 1°, que “[l]os registros, archivos o bancos de datos privados no podrán alegar la confidencialidad de la información que se les requiere *salvo el caso en que se afecten las fuentes de información periodística*” (énfasis agregado).

⁸ Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985, “La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, solicitada por el Gobierno de Costa Rica, Serie A: “Fallos y Opiniones”, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1985, párr. 30; “Caso Ivcher Bronstein”, sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C, N° 74, párr. 146; “Caso ‘La Última Tentación de Cristo’ (Olmedo Bustos y otros)”, sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C, N° 73, párr. 64; “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C, N° 107, párr. 108; “Caso Ricardo Canese”, sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C, N° 111, párrs. 77/80.

Como puede suponerse, ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas plenamente en forma *simultánea* para dar efectividad total al derecho a la libertad de expresión en los términos del art. 13 de la CADH.⁹

De su lado, es ineludible referirse siquiera brevemente a la íntima vinculación entre las libertades de expresión e información y la democracia, pues aquéllas asumen sustancial importancia para la efectiva existencia y vigencia de una sociedad democrática y de la configuración de una opinión pública saludable y pluralista.

En este sentido, es digno de destacar el Preámbulo de la Declaración de Chapultepec (adoptada por la conferencia hemisférica sobre libertad de expresión celebrada en México, D.F., el 11 de marzo de 1994), que –entre otras consideraciones vertebrales– deja sentado que la libertad de expresión y de prensa por cualquier medio de comunicación son la manifestación más directa y vigorosa de la libertad y la democracia, manifestación sin la cual el ejercicio democrático no puede existir ni reproducirse.

En línea convergente, el Preámbulo de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión,¹⁰ elaborada por la Relatoría para la Libertad de Expresión y aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante su 108° período ordinario de sesiones en octubre del 2000, señala: que la consolidación y el desarrollo de la democracia dependen de la existencia de libertad de expresión; que cuando se obstaculiza el libre debate de ideas y opiniones se limita la libertad de expresión y el efectivo desarrollo del proceso democrático; que garantizando el derecho de acceso a la información en poder del Estado se conseguirá una mayor transparencia de los actos del gobierno, afianzando las instituciones democráticas; y que la libertad de prensa es esencial para la realización del pleno y efectivo ejercicio de la libertad de expresión e instrumento indispensable para el funcionamiento de la democracia representativa, mediante la cual los ciudadanos ejercen su derecho a recibir, difundir y buscar información. Asimismo, y sin abandonar el tono meramente enunciativo de este elenco de apreciaciones referidas a la enorme trascendencia de las libertades de expresión e información para el sistema democrático, el Principio 1 de la Declaración dispone que “[l]a libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática”.

De hecho, la Carta Democrática Interamericana (aprobada el 11 de septiembre de 2001 por los Jefes de Estado y de Gobierno de las Américas), señala –entre otros puntos– que “[s]on componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los

⁹ Cfr., por ejemplo, Corte IDH, OC-5/85, cit., párr. 33; “Caso Ivcher Bronstein”, sentencia de 6 de febrero de 2001, cit., párr. 149; “Caso ‘La Última Tentación de Cristo’ (Olmedo Bustos y otros)”, sentencia de 5 de febrero de 2001, cit., párr. 67; y “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sentencia de 2 de julio de 2004, cit., párr. 111.

¹⁰ Dicha Declaración constituye un documento fundamental para la interpretación del art. 13 de la CADH.

gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y *la libertad de expresión y de prensa*” (remarcado agregado).

A su turno, la Corte IDH ha enfatizado en numerosas oportunidades la estrecha relación existente entre democracia y libertad de expresión, afirmando que “la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.¹¹

Dicho Tribunal Interamericano ha reenviado a la doctrina de la Corte Europea de Derechos Humanos,¹² que se ha pronunciado sobre la importancia que la libertad de expresión reviste en la sociedad democrática, indicando que aquella “constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo. Dicha libertad no sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática. (...) Esto significa que (...) toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue.¹³

¹¹ Cfr. Corte IDH, OC-5/85, cit., párr. 70; y, por ejemplo, “Caso Herrera Ulloa”, sentencia de 2 de julio de 2004, cit., párr. 112.

¹² Ver “Caso Ivcher Bronstein”, sentencia de 6 de febrero de 2001, cit., párr. 152; “Caso ‘La Última Tentación de Cristo’ (Olmedo Bustos y otros)”, sentencia de 5 de febrero de 2001, cit., párr. 69; “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sentencia de 2 de julio de 2004, cit., párr. 113; y “Caso Ricardo Canese”, sentencia de 31 de agosto de 2004, cit., párr. 83.

¹³ Vid. “Scharsach and News Verlagsgesellschaft vs. Austria”, N° 39394/98, § 29, ECHR 2003-XI; “Perna vs. Italy [GC]”, N° 48898/98, § 39, ECHR 2003-V; “Dichand and others vs. Austria”, N° 29271/95, § 37, ECHR 26 February 2002; Eur. Court H.R., “Case of Lehideux and Isorni vs. France”, Judgment of 23 September, 1998, par. 55; Eur. Court H.R., “Case of Otto-Preminger-Institut vs. Austria”, Judgment of 20 September, 1994, Series A, N° 295-A, par. 49; Eur. Court H.R., “Case of Castells vs. Spain”, Judgment of 23 April, 1992, Serie A, N° 236, par. 42; Eur. Court H.R., “Case of Oberschlick vs. Austria”, Judgment of 25 April, 1991, par. 57; Eur. Court H.R., “Case of Müller and Others vs. Switzerland”, Judgment of 24 May, 1988, Series A, N° 133, par. 33; Eur. Court H.R., “Case of Lingens vs. Austria”, Judgment of 8 July, 1986, Series A, N° 103, par. 41; Eur. Court H.R., “Case of Barthold vs. Germany”, Judgment of 25 March, 1985, Series A, N° 90, par. 58; Eur. Court H.R., “Case of The Sunday Times vs. United Kingdom”, Judgment of 29 March, 1979, Series A, N° 30, par. 65; y Eur. Court H.R., “Case of Handyside vs. United Kingdom”, Judgment of 7 December, 1976, Series A, N° 24, par. 49.

Asimismo, nuestro Tribunal regional ha dejado sentado que la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos¹⁴ y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas¹⁵ se han pronunciado en el mismo sentido.

Para finalizar, y frente al panorama expuesto, la Corte IDH concluye que “[e]xiste entonces una coincidencia en los diferentes sistemas regionales de protección a los derechos humanos y en el universal, en cuanto al papel esencial que juega la libertad de expresión en la consolidación y dinámica de una sociedad democrática. Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad”.¹⁶

3. Acerca del honor, la vida privada, la intimidad y otros derechos vinculados

A su turno, sin abandonar el plano de los conceptos jurídicos indeterminados y siguiendo referencialmente lo expuesto por Nogueira Alcalá, el *honor objetivo u honra* es protegible frente a la intromisión ilegítima –por medio de informaciones inexactas u ofensivas– que viole el buen nombre de la persona o de su familia como consecuencia de la divulgación de aspectos de la vida privada que por su naturaleza afectan su reputación;¹⁷ al tiempo que la *vida privada* en un círculo o ámbito más profundo lleva al concepto de intimidad, el que consiste –en la visión del autor citado– en “la facultad de la persona para evitar las injerencias de terceros en el ámbito de su privacidad, salvo la autorización de tal develamiento de la intimidad por el propio afectado”.¹⁸

Con todo, *mutatis mutandi* debemos advertir que desde hace tiempo el concepto de intimidad ha recibido una resignificación dejando de ser visualizada sólo como una libertad negativa, pues –por ejemplo– combinada con el *derecho autónomo de autodeterminación informativa* (bien jurídico que subyace en la protección que brinda el hábeas data), ofrece una textura que resulta acorde con los modernos desafíos informáticos, puesto que, superándose precisamente aquel corsé inicial como libertad ne-

¹⁴ Cfr. African Commission on Human and Peoples' Rights, “Media Rights Agenda and Constitutional Rights Project vs. Nigeria”, Communications Nos. 105/93, 128/94, 130/94 and 152/96, Decision of 31 October, 1998, par. 54 (cit. por la Corte IDH en el aludido “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 114).

¹⁵ Cfr. Organización de Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, “Aduayom y otros c. Togo (422/1990, 423/1990 y 424/1990)”, dictamen de 12 de julio de 1996, párr. 7.4 (cit. por la Corte IDH en el nombrado “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 114).

¹⁶ Cit. por la Corte IDH en el referido “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 116.

¹⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *El derecho a la libertad de opinión e información y sus límites (Honra y vida privada)*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2002, pp. 106/107.

¹⁸ *Ibid.*, p. 107.

gativa, permite avanzar hacia una fase *activa* del proceso de circulación de la información personal brindando protagonismo al interesado al posibilitarle el ejercicio de un adecuado control para la preservación de su libertad informática, espectro en cuyo interior subyace también la nota de exigencia de veracidad y precisión de la información que le concierne.¹⁹

Retornando de la digresión anterior, debe precisarse que aquellos derechos reciben la siguiente protección constitucional y de fuente internacional:

§ en el art. 19 de la Constitución Nacional (en adelante también C.N.), en cuanto a que “[l]as acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados...”, y en el citado art. 33 (derechos y garantías no enumerados); y

§ asimismo, han sido consagrados en algunos de los instrumentos internacionales adjudicatarios de cotización constitucional por el art. 75, inc. 2°, párr. 2°, *ibíd.*, por caso: el art. 12 de la DUDH, en cuanto a que “[n]adie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”; el art. 17 del PIDCP y el art. 11 de la CADH, normas éstas que, salvo algunos matices, están concebidas en términos similares a la de la DUDH; elenco de disposiciones a las que debería añadirse la contenida en el art. 14 de la CADH, que consagra el derecho de rectificación o respuesta.

A modo de cierre de estas breves líneas sobre el sector de derechos que presentamos, consideramos indispensable resaltar un aspecto medular sobre el que Eguiguren Praeli advierte, al dejar sentado que si bien es cierto que las libertades de expresión e información ostentan singular trascendencia para la vigencia efectiva de un régimen democrático y pluralista, la formación de una opinión pública y la libre difusión de las ideas; “*los derechos a la intimidad personal o, incluso, a la autodeterminación informativa, tienen una importancia que trasciende el ámbito meramente individual, alcanzando una dimensión social indispensable para asegurar el respeto de la dignidad y*

¹⁹ Al respecto, ver BAZÁN, Víctor (2005), por ejemplo en: “El hábeas data y el derecho de autodeterminación informativa en perspectiva de derecho comparado”, en *Estudios Constitucionales. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales de Chile* (Año 3, N° 2), Universidad de Talca, Librotecnia, pp. 85/139; (2001) “El hábeas data y el ejercicio del derecho de autodeterminación informativa dirigido a acceder a archivos, registros o bancos de datos estatales de seguridad y a requerir información sobre personas desaparecidas”, *Revista Argentina de Derechos Humanos*, Año 1, N° 0, CELS, Universidad de Lanús, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, pp. 175/205; “El hábeas data y sus peculiaridades frente al amparo”, *Revista de Derecho Procesal [Amparo. Hábeas data. Hábeas corpus - I]* (N° 4), Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2000, pp. 215/268; y “Del concepto preinformático de la intimidad al derecho de autodeterminación informativa”, en AA.VV. (1999), *El cuarto poder. Expresión, información y comunicación social*, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales ‘Ambrosio L. Gioja’, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Ediar, Buenos Aires, 1999, pp. 49/158.

libertad de la persona, que también constituye fundamento insoslayable de un régimen democrático” (énfasis agregado).²⁰

III. DE CONFLUENCIAS Y TENSIONES. LA PONDERACIÓN DE VALORES Y LOS VALORES DE LA PONDERACIÓN

Por cierto, la libertad de información, por una parte, y los derechos a la honra y a la vida privada, por otra, generan o pueden originar interferencias y tensiones, las que –pensamos– no son susceptibles de ser resueltas *a priori e in abstracto*, como tampoco lo son en general los potenciales conflictos entre valores recipiendarios de reconocimiento y protección en la Carta Magna y los documentos internacionales sobre derechos humanos con valencia homóloga a ésta.

Vinculado estrechamente al Estado Constitucional de Derecho, el neoconstitucionalismo²¹ ha modificado, *inter alia*, el marco teórico del derecho constitucional, surgiendo –en cuanto a lo que aquí interesa– una nueva dogmática constitucional caracterizada por la *complejización* del Derecho, el que también se tornó menos previsible, permitiendo que en el terreno de la interpretación constitucional gane espacio la técnica de la *ponderación* de valores, principios y conceptos jurídicos indeterminados, sobre la –hasta entonces– casi exclusiva labor de subsunción a la que los jueces estaban principalmente ceñidos.

Se acrecienta, así, el margen de acción de la ponderación (“*bilanciamento*” o “*balancing*” *of interest*²²), pauta consolidada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de

²⁰ EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO (2004), *La libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal. Su desarrollo actual y sus conflictos*, Lima, Palestra Editores, p. 22.

²¹ Se ha advertido que con el nombre de “neoconstitucionalismo” (o, añadimos por nuestra parte, y dada su polisemia, los neoconstitucionalismos) o “constitucionalismo contemporáneo” se hace referencia tanto a un modelo de organización jurídico-política o de Estado de Derecho, como al tipo de teoría del derecho requerido para explicar aquel modelo; e, incluso, cabría hablar de neoconstitucionalismo como ideología, para mentar la filosofía política que justifica la fórmula del Estado Constitucional de Derecho (cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, voz “Neoconstitucionalismo”, en Carbonell, Miguel [coordinador] (2002), *Diccionario de Derecho Constitucional*, México, D.F., Edit. Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México [Instituto de Investigaciones Jurídicas], p. 420).

Una síntesis del alcance del neoconstitucionalismo viene propuesta por Sastre Ariza (“La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, en CARBONELL, Miguel [editor] (2003), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Ed. Trotta - Universidad Nacional Autónoma de México, p. 239), quien se refiere a él expresando que se trata de un nuevo modelo jurídico que representa el Estado Constitucional de Derecho, cuya peculiaridad está dada por las características o funciones de algunas Constituciones que aparecen en la segunda postguerra mundial y que se contraponen a las del constitucionalismo antiguo o decimonónico, lo que –en la visión de Fioravanti– supone que aquellas Constituciones “representan el intento de recomponer la gran fractura entre democracia y constitucionalismo” (FIORAVANTI, M. (2001), *Constitución. De la antigüedad a nuestros días [1999]*, trad. de M. Martínez Neira, Madrid, Trotta, p. 163; cit. por Sastre Ariza, Santiago, idem).

Sobre el tema, ver para ampliar, BAZÁN, Víctor, “Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión”, *Revista Derecho del Estado*, N° 20, diciembre de 2007, Universidad del Externado, Bogotá, pp. 121/144.

²² Cfr. O’CALLAGHAN, Xavier (1991), *Libertad de expresión y sus límites: honor intimidad e imagen*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, p. 15.

Justicia argentina, asociada al juicio de razonabilidad y particularmente al principio de proporcionalidad. Ello, como método apropiado para formular un “enunciado de preferencia condicionada”²³ o trazar una jerarquía axiológica móvil, útil para el caso concreto pero que no impide una respuesta distinta en otro supuesto. Todo, claro está, sin perder de vista la utilidad que específicamente en la dimensión de los derechos fundamentales puede reportar como enfoque interpretativo de éstos su *armonización o ajuste* dentro del sistema general de derechos, tal como postula Nogueira Alcalá, para resguardar la unidad de dicho modelo que tenga como puntos de partida y llegada la integridad y la unidad de la persona humana y de la dignidad inherente a la misma.²⁴

Mutatis mutandi, Prieto Sanchis –que ha defendido las bondades del método ponderativo– identifica como rasgo característico de éste el que con él no se logra respuesta válida para todo supuesto, sino sólo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro supuesto.²⁵

Asimismo, el citado autor²⁶ pone de manifiesto que el gran hallazgo de la jurisprudencia constitucional española es lo que suele conocerse con el nombre de juicio de razonabilidad y que representa el método característico para la aplicación de las genuinas normas constitucionales, y muy particularmente para la aplicación del principio de igualdad. Añade que una versión más depurada de la genérica razonabilidad nos la ofrece el principio o máxima de la proporcionalidad, que es el método habitualmente utilizado por los Tribunales, constitucionales o no, para resolver la colisión circunstancial entre derechos fundamentales o, ya en general, el conflicto entre derechos y otros bienes constitucionales. Más adelante, advierte que en muchas ocasiones se utilizan las expresiones “proporcionalidad” y “ponderación” como sinónimas; sin embargo, aclara que, en realidad, parece que la ponderación representa la última fase del principio de proporcionalidad, esto es, lo que denomina como “proporcionalidad en sentido estricto”.

Advierte el catedrático traído en cita que ponderar es “buscar la mejor decisión (la mejor sentencia, por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor. Lo dicho sugiere que la ponderación es un método para la resolución de cierto tipo de antinomias o contradicciones normativas”,²⁷ añadiendo que la ponderación “intenta ser un método para la fundamentación de ese enunciado de preferencia [condicionada] referido al caso concreto; un auxilio para resolver conflictos entre principios del mismo valor o jerarquía, cuya regla constitutiva puede

²³ PRIETO SANCHIS, LUIS, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, cit. (*Neoconstitucionalismo[s]*), p. 142.

²⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2006), *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Santiago, Librotecnia, pp. 371/372.

²⁵ Cfr. PRIETO SANCHIS, LUIS (2000), “Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico”, *Doxa*, N° 23, Alicante, p. 180.

²⁶ *Ibid.*, pp. 178/180 y nota a pie de página 56.

²⁷ PRIETO SANCHIS, LUIS (2002), *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Serie ‘Derechos y Garantías’, N° 5, Palestra Editores, Lima (ver el párrafo transcrito y otras consideraciones interesantes sobre el particular en pp. 128/129).

formularse así: cuando mayor sea el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro”.²⁸

La teoría de la argumentación viene a prestar un significativo servicio a la judicatura al convertirse en un elemento útil en la interpretación constitucional, justamente porque –como acota Barroso– existen hipótesis (por ejemplo, ante cláusulas de contenido abierto, normas de principio y conceptos indeterminados) en las que el fundamento de legitimidad de la actuación judicial se transfiere al proceso argumentativo, donde el magistrado debe demostrar racionalmente que la solución propuesta es la que realiza más adecuadamente la voluntad constitucional.²⁹

En ese sentido, Prieto Sanchís puntualiza que en el ámbito descripto se reclama entre otras cosas una depurada teoría de la argumentación capaz de garantizar la racionalidad y de suscitar el consenso en torno a las decisiones judiciales, sentido que tiene –a su criterio– la ponderación rectamente entendida.³⁰ Según explica, los rasgos salientes de la nueva teoría del derecho, que encarna el neoconstitucionalismo, son: omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica alrededor de un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.³¹

En un escenario con tales peculiaridades es preciso concebir a la libertad de información como reaseguro de la sana pervivencia de la sociedad democrática, sin perjuicio de lo cual, es igualmente útil que se efectúe a su respecto una hermenéutica razonable que no soslaye la protección que otros derechos y libertades fundamentales merecen cuando la aludida libertad de información entra en interacción con ellos, los que –como se anticipaba– resultan igualmente custodiados por el manto de las normativas constitucional e internacional. Y es precisamente en este ámbito donde la tarea de ponderación adquiere una relevancia sustancial en tanto no existe *a priori* una determinación de prevalencia de un derecho sobre otro, es decir que en principio todos receptan valencia homóloga.

Consistente con la textura y la importancia del asunto que venimos presentando, la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina ha dejado bien en claro que el “derecho

²⁸ Para el tramo transliterado y otras apreciaciones relevantes sobre el punto, cfrar. *ibíd.*, pp. 135/136.

²⁹ BARROSO, Luis Roberto (2003), “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”, en AA.VV., *Visión iberoamericana del tema constitucional*, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, p. 86.

³⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, *op. cit. (Neoconstitucionalismo[s])*, p. 157.

³¹ *Ibíd.*, pp. 131/132.

de prensa” ostenta el carácter de una “libertad preferida”, aunque ello no implica que el ejercicio del derecho de informar pueda extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales.³² Por consiguiente, y como premisa genérica, el Máximo Tribunal nacional entiende que el “lugar eminente” que tiene el derecho de buscar, dar, recibir, y difundir información e ideas de toda índole, no elimina la responsabilidad ante la justicia por los delitos y daños cometidos en su ejercicio,³³ debido a que el constituyente “no tuvo el propósito de asegurar la impunidad de la prensa”.³⁴

Aunque suene a lugar común, para afirmar lo anterior el Supremo Tribunal argentino parte de razonar que el derecho a la libertad de expresión no es absoluto, como reiteradamente lo ha advertido la Corte IDH.³⁵ Y ello porque el art. 13.2 de la CADH prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de pensamiento y de expresión a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho, causales que deben estar expresa, taxativa y previamente fijadas por la ley, ser necesarias para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”, y no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa.³⁶

Coherente con tales prevenciones, la Corte nacional ha establecido que los remedios reparadores son los previstos en la ley común civil y penal, y deben ser los estrictamente necesarios para asegurar una “adecuada medida de protección” a los otros derechos en tensión, ya que “la ligereza en la ponderación de los presupuestos de la responsabilidad conspiraría contra la formación de una prensa vigorosa –en razón de la fuerza paralizadora y disuasiva de la obligación de resarcir– y ello entorpecería el desenvolvimiento de la función esencial de control de la cosa pública que lleva a cabo la prensa en una república”.³⁷

Por último, no puede soslayarse que tales pautas tuitivas de la libertad de expresión e información son igualmente consistentes, *inter alia*, con el Principio 5 de la citada Declaración de Chapultepec, que establece que “[l]a censura previa, las restricciones a la circulación de los medios o a la divulgación de sus mensajes, la imposición

³² Vid. “Costa, Héctor Rubén c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos y otros”, de 12 de marzo de 1987 (*Fallos*, 310:508), entre otros numerosos precedentes.

³³ *Fallos*, 324:4433.

³⁴ Ver “Campillay, Julio César c. La Razón, Crónica y Diario Popular”, de 15 de mayo de 1986 (*Fallos*, 308:789); “Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S.A.”, de 11 de diciembre de 1984 (*Fallos*, 306:1892, voto del juez Petracchi, consid. 10); etc.

³⁵ Cfr., por ejemplo, Corte IDH, “Caso Palamara Iribarne vs. Chile”, sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C, N° 135, párr. 79.

³⁶ Cfr., v. gr., Corte IDH, OC-5/85, cit., párr. 39; “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sentencia de 2 de julio de 2004, cit. párr. 120; y “Caso Ricardo Canese”, sentencia de 31 de agosto de 2004, cit., párr. 95.

³⁷ *Fallos*, 319:3085, voto de los doctores Belluscio y López, consid. 5° y 6°; *Fallos*, 324:4433, consid. 9°.

arbitraria de información, la creación de obstáculos al libre flujo informativo y las limitaciones al libre ejercicio y movilización de los periodistas, se oponen directamente a la libertad de prensa”; y con el Principio 5 de la aludida Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, que reza: “La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión”.

IV. LÍMITES DE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y DE LOS DERECHOS A LA HONRA Y LA VIDA PRIVADA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA. ALGUNOS CRITERIOS PARA ZANJAR LOS EVENTUALES CONFLICTOS ENTRE ELLOS

1. La indagación por emprender

Bosquejados sucintamente algunos insumos conceptuales para una mejor comprensión del análisis por efectuar, en este segmento del trabajo pasaremos a delinear los ejes que vertebran el desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema argentina en un sector de actividad jurisdiccional en el que se despliegan las vinculaciones y tensiones de sensibles derechos, libertades, principios y valores constitucionales, los que pueden sintetizarse –primariamente y en un ejercicio extremo de simplificación– como: la libertad de expresión e información, por un lado, y el derecho a la honra y a la vida privada (y demás vinculados a éstos), por el otro.

2. Un leading case: “Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S.A.”, los límites jurídicos del derecho de información en relación directa con el derecho a la privacidad o intimidad y los reflejos de aquel fallo en la actualidad

A) *Pórtico*. Sin lugar a dudas “Ponzetti de Balbín”, emitido el 11 de diciembre de 1984,³⁸ es un fallo jurídica y axiológicamente trascendente que nutre a diversos pronunciamientos posteriores. Precisamente, y al solo efecto ejemplificativo, aludiremos a uno reciente, “Franco, Julio César c. Diario ‘La Mañana’ y/u otros”, de 30 de octubre de 2007, en orden a corroborar la vigencia de los postulados sentados en aquella señera causa en el complejo ámbito de intersección de derechos fundamentales como la libertad de información y la intimidad personal y familiar.

³⁸ Ver *supra*, nota 34.

El esquema de votación fue el siguiente: la mayoría estuvo compuesta por los doctores Carrió y Fayt; concurrentemente, en forma conjunta, se pronunciaron los jueces Caballero y Belluscio, mientras que también de modo concurrente –aunque ya individualmente– votó el ministro Petracchi.

B) “*Ponzetti de Balbín*”. La referencia a “Ponzetti de Balbín” es imposible de soslayar pues constituye un *leading case* dictado en los albores del readvenimiento de la democracia en nuestro país, luego del aciago golpe militar que generó un oscuro y sórdido gobierno *de facto* entre 1976 y 1983. El decisorio abrió el camino para fallos posteriores que, readquiridas algunas libertades fundamentales como la de expresión, fueron perfilando los alcances, límites y vinculaciones de ésta con otros derechos básicos.

La causa se inició con la demanda por daños y perjuicios promovida por la esposa y el hijo del doctor Ricardo Balbín (un conocido dirigente político fallecido el 9 de setiembre de 1981) contra “Editorial Atlántida S.A.”, propietaria de la revista “Gente y la actualidad”, y Carlos y Aníbal Vigil, debido a que dicha revista publicó en su portada una fotografía del doctor Balbín cuando se encontraba internado en la sala de terapia intensiva de una clínica, foto ampliada con otras en el interior de la publicación, lo que provocó el sufrimiento y la mortificación de la familia del político y la desaprobación de esa violación a la intimidad por parte de autoridades nacionales, provinciales, municipales, eclesiásticas y científicas.

Las instancias de mérito receptaron la acción (reparación de los daños y perjuicios ocasionados por la violación del derecho a la intimidad del doctor Balbín), ante lo cual la demandada dedujo recurso extraordinario federal, sustentándose en que el pronunciamiento violaba los arts. 14 y 32 de la C.N.

El Alto Tribunal enfocó la cuestión entendiendo que lo que se encontraba en juego eran los límites jurídicos del derecho de información en relación directa con el derecho a la privacidad o intimidad consagrado en el art. 19 de la C.N.

Al respecto, advirtió el Tribunal –en el voto mayoritario– que “en el caso de personajes célebres cuya vida tiene carácter público o personajes populares, su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad y siempre que lo justifique el interés general. Pero ese avance sobre la intimidad no autoriza a dañar la imagen pública o el honor de estas personas y menos sostener que no tienen un sector o ámbito de vida privada protegida de toda intromisión. Máxime cuando con su conducta a lo largo de su vida, no ha fomentado las indiscreciones ni por propia acción, autorizado, tácita o expresamente la invasión a su privacidad y la violación al derecho a su vida privada en cualquiera de sus manifestaciones” (consid. 9°).

Así, decidió que la publicación de la fotografía por la revista excedía “el límite legítimo y regular del derecho a la información”, toda vez que “fue tomada subrepticamente la víspera de su muerte en la sala de terapia intensiva del sanatorio en que se encontraba internado” el doctor Balbín (consid. 10 de la mayoría). Añadió que esa fotografía, “lejos de atraer el interés del público, provocó sentimientos de rechazo y de ofensa a la sensibilidad de toda persona normal”, por lo que, en consecuencia, “la presencia no autorizada ni consentida de un fotógrafo en una situación límite de carácter privado que furtivamente toma una fotografía con la finalidad de ser nota de tapa”

en la revista no admite justificación y su publicación configura una violación del derecho a la intimidad (id. consid.).

Por su parte, en la concurrencia conjunta de los jueces Caballero y Belluscio, en cuya argumentación se aprecian alusiones a los arts. 13 y 11, incs. 2° y 3°, de la CADH, se concluye que “el lugar eminente que sin duda tiene en el régimen republicano la libertad de expresión –comprensiva de la de información– obliga a particular cautela en cuanto se trate de deducir responsabilidades por su ejercicio. Empero, ello no autoriza al desconocimiento del derecho de privacidad integrante también del esquema de la ordenada libertad prometida por la Constitución mediante acciones que invadan el reducto individual, máxime cuando ello ocurre de manera incompatible con elementales sentimientos de decencia y decoro” (consider. 8°).

Para concluir esta reseña, resulta útil destacar el razonamiento del juez Fayt (quien también concurrió con la mayoría), el cual ya entonces se refirió al “equilibrio entre la libertad de expresión y otros intereses públicos o privados” y a la “*tarea armonizadora*” del Tribunal, advirtiendo “el *rango superior que en el sistema democrático constitucional que nos rige posee la libertad de expresión*” (énfasis agregado, consider. 14). Por último, el ministro Fayt concluyó su voto coincidiendo textualmente con el remate que elaboraron los doctores Caballero y Belluscio en el consider. 8° transcripto en el párr. anterior (vid. consider. 22).

C) “*Franco, Julio César*”. Brevemente, la progresión de la causa fue la siguiente: El hijo de un conocido abogado de la ciudad de Formosa (provincia del mismo nombre) dedujo acción contra el Diario «La Mañana», Enrique Read y/o quien resulte legalmente responsable, por el daño moral que le ocasionó la publicación de una fotografía que mostraba el cadáver de su padre, encontrado –tal como indicó– varios días después de su muerte y en avanzado estado de descomposición; asimismo, argumentó que la fotografía había sido tomada furtivamente y publicada sin el consentimiento de sus familiares. La demanda fue receptada en las instancias de mérito y, ante el rechazo por el Tribunal Superior de Justicia de Formosa de los recursos interpuestos, la accionada articuló el recurso extraordinario federal, que fue acordado, aunque finalmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, lo rechazó y confirmó la sentencia.

El esquema de votación en el Alto Tribunal fue: por la mayoría, los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni, quienes adhirieron al dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante; a su tiempo, la doctora Argibay votó en solitaria disidencia, propiciando hacer lugar al recurso extraordinario, revocar la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Formosa y reenviar la causa a fin de que se dicte un nuevo fallo.

Básicamente, las líneas de sustentación del fallo fueron las siguientes:

§ dado que el derecho a informar proviene del derecho del público a ser informado, el medio no puede invocar válidamente que sea del interés público conocer el

estado físico del cuerpo de una persona fallecida, máxime cuando se trata de un aspecto que pertenece claramente al ámbito de la intimidad personal y familiar, que se difunde sin razón superior que lo justifique y se deja expuesto a la vista de los extraños destruyendo tal condición de lo íntimo, es decir, de aquello que sólo algunos tienen derecho a conocer;

§ es razonable el análisis sobre la protección del derecho a la imagen del fallecido efectuada por el tribunal de la causa, al hacer lugar al daño moral reclamado por violación al derecho de privacidad, en cuanto concluyó que *resultaba irrelevante si estaba acreditado o no el lugar donde se tomó la fotografía*, sino que puso el acento en la falta de autorización de los familiares, y en la publicación innecesaria del cadáver para informar sobre la muerte de una persona;

§ citando el precedente «Ponzetti de Balbín», recalca que en él se estableció el alcance que cabe dar al derecho a la privacidad, al señalar que «comprende no sólo a la esfera doméstica, al círculo familiar y de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen»; para pasar a destacar un párrafo de tal sentencia en punto a que nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ella y que sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen;

§ que a la luz de la doctrina de dicho fallo, consideró probado y no discutido que la fotografía fue tomada y publicada; de igual manera estimó admitido que no medió autorización expresa alguna para habilitar la obtención de la imagen y su ulterior publicación, razón por la cual sólo juzgó que restaba determinar en orden a los agravios del recurrente si la publicación de la imagen de un cadáver –objetada por el actor, hijo del fallecido– por no haber mediado su autorización, era necesaria a los fines de ejercer libremente la actividad de información sobre el hecho puntual del fallecimiento de una persona; y

§ que resultaba irrelevante a los fines de resolver la cuestión si estaba acreditado o no el lugar donde se tomó la fotografía; por el contrario ponen el acento en que no medió autorización, y en que, por tanto, la obtención fue furtiva.

Por su parte, la doctora Argibay sostuvo que:

§ reconocer una protección de los sentimientos tan intensa, que la publicación de cualquier imagen deba ser autorizada por las personas cuyos sentimientos podrían verse afectados, colocaría prácticamente a toda la actividad periodística y en particular al fotoperiodismo bajo sospecha y, por ende, bajo el deber de justificar en todos los casos que el interés de la publicación es superior al interés de las personas afectadas

en sus sentimientos. En tal sentido, indicó la jueza disidente que un estado de cosas semejante es incompatible con la función primordial de la prensa libre, puesto que la fluidez de su funcionamiento resulta imposible cuando el control sobre la información que es legítimo publicar se torna tan minucioso (consid. 7°);

§ las intrusionas en los espacios privados, sea que respondan a un ingreso físico o a la utilización de tecnología audiovisual que posibilite la captación de sonidos o imágenes a distancia, hacen *prima facie* ilegítima la publicación de los registros obtenidos de ese modo, pero por otro lado, la publicación de imágenes tomadas en espacios de libre acceso, es decir, sin violar protecciones dispuestas por las personas para mantenerse fuera de la mirada pública, no constituye, como regla, una violación de la intimidad de las personas; lo que no supone un parámetro absoluto (no cabría reducir la vida privada a los lugares exclusivos), sino solamente un juicio provisional según el cual la injerencia en la vida privada se presume en el primer caso y debe ser demostrada por quien la invoca en el segundo. O, expresado de otra manera: en el primer tipo de situaciones tiene precedencia el derecho tutelado en el art. 11.3 de la CADH y en el segundo, la libertad de prensa protegida por el art. 14 de la C.N. y 13 de la Convención (id. consid.);

§ las publicaciones que inciden en los sentimientos de las personas, pero que no están directamente orientadas a divulgar aspectos de su vida privada, no pueden ser tomadas como un «ataque» en los términos de los arts. 11.2 y 11.3 de la CADH, pues llevar tan lejos el sentido de esta expresión no sólo sería un uso forzado del texto, sino que también sería inconsistente con la relevancia del derecho a la libertad de prensa que es la moneda en que se pagaría el costo de esta ampliación interpretativa del derecho a la intimidad (consid. 8°); y

§ es inconsistente con la libertad de prensa condenar a la demandada por la publicación de una fotografía, sin que ella haya sido el fruto de una invasión o intromisión en un lugar privado o exclusivo y sin que tampoco la demandante haya demostrado que, cualquiera fuese el lugar en que se tomó la foto, la publicación estuviese dirigida a inmiscuirse principal o exclusivamente en su vida privada o la de su familia (consid. 10).

Como apretadísimo mensaje final, los posicionamientos del Tribunal dejan al descubierto la pervivencia de las pautas sentadas en “Ponzetti de Balbín” en la percepción actual de –al menos– cinco de los siete jueces que integran hoy el Tribunal, y la existencia de una posición antagónica (de la doctora Argibay), quien habría asumido lo que un sector de la doctrina denomina reglas de prioridad o presunción *prima facie* a favor de uno de los derechos que entran en conflicto.³⁹

³⁹ Sobre el tema de las reglas de prioridad, ver FLORES, Oscar (2004), *Libertad de prensa y derecho a la intimidad de los funcionarios públicos*, Buenos Aires, La Ley, pp. 395 y ss.

3. En torno al derecho de réplica, rectificación o respuesta en la visión de la Corte Suprema y su conexión con el equilibrio protectorio de la libertad de expresión, por una parte, y de la dignidad, la honra, los sentimientos y la intimidad, por la otra

A) *Liminar*: Examinaremos aquí un tándem de fallos para desnudar la percepción del Alto Tribunal en torno a la compleja cuestión que preanuncia el epígrafe: “Ekmekdjian, Miguel Á. c. Sofovich, Gerardo”, de 7 de julio de 1992, que marcó un punto de inflexión en la jurisprudencia de aquél; y “Petric Domagoj, Antonio c. Diario Página 12”, de 16 de abril de 1998.

B) “*Ekmekdjian c. Sofovich*”. Por varias razones, este fallo⁴⁰ es paradigmático, aunque –constreñidos por el espacio asignado a este trabajo– sólo nos limitaremos a enfocar algunas aristas de interés vinculadas al propósito central de la publicación.

En cuanto a la plataforma fáctica cabe recordar que el actor (un prestigioso constitucionalista hoy fallecido) interpuso demanda contra el Sr. Gerardo Sofovich y ‘Canal 2 de Televisión’, persiguiendo se leyera en el programa ‘La Noche del Sábado’ –emitido en aquel Canal y conducido y producido por Sofovich–, una carta documento para contestarle al Sr. Dalmiro Sáenz, quien había proferido –a juicio del demandante– frases agraviantes en relación con Jesucristo y la Virgen María (en la audición de 11 de junio de 1988).

Va de suyo que el actor canalizaba su pretensión invocando como fundamento el derecho de réplica. La acción fue rechazada en ambas instancias ordinarias, lo que llevó a Ekmekdjian a plantear recurso extraordinario. La denegación de tal remedio, motivó la queja de su parte.

Por mayoría⁴¹ la Corte Suprema acogió el planteo del demandante, confiriendo aplicación directa y operativa al art. 14 de la CADH que contiene el derecho de rectificación o respuesta, aun cuando no existía una norma legal reglamentaria que lo desarrollase endógenamente; además, interpretó que la expresión “en las condiciones que establezca la ley” (art. 14.1, *in fine, ibíd.*) se refiere “a los diversos sistemas jurídicos internos, integrados también por *las sentencias de sus órganos jurisdiccionales, pues tanto la tarea judicial como legislativa persiguen el fin común de las soluciones valiosas*” (el sobremarcado nos corresponde; consid. 22 de la mayoría), citando el precedente registrado en *Fallos*, 302:1284.

En otras palabras, afirmó que el compromiso del orden jurídico interno con la CADH puede también ser cumplido por una sentencia judicial, pudiendo el tribunal

⁴⁰ *Fallos*, 315:1492.

⁴¹ La mayoría quedó integrada con los doctores Cavagna Martínez, Fayt, Barra, Nazareno y Boggiano; las disidencias correspondieron a los ministros Petracchi, Moliné O’Connor, Levene [h.] y Belluscio.

fijar “*las características con que ese derecho, ya concedido por el tratado*” será ejercitado en el caso concreto (énfasis agregado; consid. 22, *in fine*, de la mayoría).

Un corte transversal de la sentencia en análisis nos permitiría extraer como una de las pautas sentadas jurisprudencialmente, la circunstancia de que, como la Convención estaba vigente para Argentina al momento en que la Corte falló (y, también, al tiempo en que el actor formuló su petición) y ostentaba jerarquía suprallegal (hoy posee valencia constitucional), su incumplimiento –al influjo de la abstención legislativa– podría constituir omisión inconstitucional reparable judicialmente a través del amparo. En tal sentido, el fallo expresa: “*La violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado...*” (remarcado añadido; consid. 16 del voto mayoritario). Por ende, la segunda de las hipótesis (“omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento”) provocaría la agresión constitucional por omisión y viabilizaría la fiscalización jurisdiccional a su respecto.

Dando un giro copernicano a la trayectoria jurisprudencial desplegada hasta entonces,⁴² viabilizó el derecho de rectificación o respuesta y, en una interpretación de avanzada, entendió que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁴³ confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno, estableciendo una prioridad de rango que integra el ordenamiento jurídico argentino pues la “convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno” (consid. 18 de la mayoría). En esa dirección añadió que la necesaria aplicación del art. 27 de aquella Convención “impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional” en los términos de dicho art. 27 (consid. 19 de la mayoría).

Asimismo, la Corte Suprema transfundió a su fallo la hermenéutica que la Corte Interamericana realizara respecto de la CADH, sosteniendo precisamente que la interpretación de ésta debe guiarse por la jurisprudencia del Tribunal Interamericano,⁴⁴

⁴² Ver al respecto, por ejemplo, el citado caso “Costa” (nota 32) y los pronunciamientos recaídos en “Ekmekdjian, Miguel A. c. Neustadt, Bernardo y otros”, de 1 de diciembre de 1988 (*Fallos*, 311:2497) y “Sánchez Abelenda c. Ediciones de la Urraca”, de 1 de diciembre de 1988 (*Fallos*, 311:2553).

⁴³ Convención aprobada en Argentina por la Ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980.

⁴⁴ El criterio trasuntado en tal resolutorio aparece también de algún modo esbozado en “Servini de Cubría, María R. s/ amparo”, de 8 de setiembre de 1992 (*Fallos*, 315:1943).

Es importante recordar, ya respecto de la valencia prioritaria del derecho internacional convencional sobre el derecho interno y la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena sobre el

para pasar a citar aprobatoriamente la OC-7/86⁴⁵ (ver consids. 21 y ss. de la mayoría), en la que –entre otros aspectos– interpretó el art. 14.1 del Pacto.⁴⁶

Finalmente, es digno de rememorar que para la percepción mayoritaria de la Corte, “en el análisis valorativo del denominado ‘derecho de respuesta’, *no sólo se encuentra en juego la tutela de la libertad de expresión o el derecho de imprimir sin censura previa, sino también la adecuada protección de la dignidad, la honra, los sentimientos y la intimidad del común de los hombres y por consiguiente la garantía jurisdiccional para el sostenimiento de estos valores de la personalidad, garantía que puede encontrar un medio apto de ejercicio a través de la rectificación, respuesta o procedimientos que se aproximen a ese objeto. Ambos valores deben ser debidamente sopesados, sin perder de vista que, con la respuesta, se trata de asegurar el derecho natural, primario, elemental a la legítima defensa de la dignidad, la honra y la intimidad. A que la vida del común de los hombres no sea convertida en materia de escándalo por el periodista, el*

Derecho de los Tratados, que en “Ekmekdjian c. Sofovich” la Corte Suprema estableció (ver consids. 18 a 20 del voto mayoritario), que en orden a evitar confusiones interpretativas que lesionaran la supremacía de la Constitución (y su art. 27), se vio precisada a estrechar la primigenia laxitud de aquella afirmación, al declarar en fallos posteriores que “el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados impone a los órganos del Estado argentino –una vez resguardados los principios de derecho público constitucionales– asegurar la primacía a los tratados ante un conflicto con una norma interna contraria pues esa prioridad de rango integra el orden jurídico argentino y es invocable con sustento en el art. 31 de la Carta Magna” –destacado nuestro–: “Cafés La Virginia S.A.”, de 13 de octubre de 1994 (Fallos, 317:1282, , consid. 9° de la mayoría) y su remisión a “Fibraca Constructora SCA c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, de 7 de julio de 1993 (Fallos, 316:1669, consid. 3°).

Algún pronunciamiento anterior a “Ekmekdjian c. Sofovich” sobre la interpretación de la normativa de un instrumento internacional se patentiza embrionariamente en el caso registrado en “Firmenich, Mario E.”, de 28 de julio de 1987 (Fallos, 310:1476), acerca de la hermenéutica “razonable” del art. 7.5 de la CADH (ver consids. 4°, 6° y 7° de la mayoría).

⁴⁵ Corte IDH, OC-7/86, de 29 de agosto de 1986, “Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Serie “A”, “Fallos y Opiniones”, N° 7, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1986.

⁴⁶ La jurisprudencia de la Corte Interamericana nutre, asimismo, a los votos individuales y/o disidentes de algunos de los ministros de la Corte Suprema. Por caso, y sin intenciones de taxatividad, en “Ekmekdjian c. Sofovich” así puede ser constatado de la lectura del voto disidente de los doctores Petracchi y Moliné O’Connor, cuyo consid. 14 refleja la cita de la OC-2/82 (acerca del efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la CADH) y de la OC-1/82 (sobre “otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte), el consid. 16 de la OC-7/86 y de la OC-2/82 y el consid. 17, nuevamente de la OC-7/86 –específicamente, la opinión separada de Gros Espiell–; ya en el voto, también disidente, del doctor Levene (h.), en el consid. 9° –bien que implícitamente– se alude a la OC-2/82 y a la OC-3/83 (sobre restricciones a la pena de muerte) y en el consid. 10, a la OC-7/86.

Por su parte, en “Servini de Cubría”, en el consid. 25 del voto del doctor Fayt se alude a la OC-5/85 (acerca de la colegiación obligatoria de periodistas), referencia reiterada en el voto del doctor Boggiano –consids. 15 a 17, donde también se alude a la opinión separada de Gros Espiell–, en la disidencia parcial del doctor Barra –consids. 12 a 14, tramos donde figuran asimismo referencias a las opiniones separadas de Piza Escalante y de Gros Espiell– y en la disidencia parcial del doctor Petracchi –consids. 25 y 26–.

Ya en el pronunciamiento vertido en “Artigue, Sergio P.”, de 25 de marzo de 1994 (Fallos, 317:247), en el consid. 14 del voto del doctor Petracchi se cita la mencionada OC-7/86 –opinión separada de Piza Escalante–.

comentarista o el locutor de turno. A que su vida, su privacidad, su honra siga siendo suya; a seguir respetándose a sí mismo" (bastardilla agregada; consid. 10).

C) "*Petric Domagoj*". Que ambas instancias de mérito admitieron la demanda del actor, quien invocó ante el Diario Página 12 el derecho de rectificación o respuesta contenido en el art. 14 de la CADH, con motivo de un artículo que el periódico publicó, en el que se le atribuía el carácter de asesor del Presidente de la Nación Argentina y el desarrollo de actividades de reclutamiento y organización de grupos de mercenarios para enviarlos a combatir junto a las fuerzas croatas en la guerra de Bosnia-Herzegovina. En definitiva, el accionante sostuvo que lo único verídico de la nota cuya rectificación pretendía, era que colaboraba honorariamente en la «Representación de Croacia», en prensa y cultura, mientras que las falsedades lo presentaban como un eventual transgresor de las normas que rigen la comunidad internacional. El diario rechazó el pedido sobre la base de que la información había sido escrita luego de una profunda tarea de investigación, que describió en una carta que había dirigido al demandante.

Interpuesto por la accionada el recurso extraordinario federal pertinente, el mismo fue denegado, lo que motivó el correspondiente recurso de hecho, el que –por mayoría⁴⁷– fue admitido, aunque se confirmó la sentencia.

Centralmente, el fallo –en la versión mayoritaria– se basó en que el derecho de rectificación o respuesta:

§ se circunscribe a las informaciones inexactas o agraviantes emitidas en perjuicio del afectado, debiendo provenir el agravio de los hechos en sí mismos de los que se da noticia –y que el afectado pretenderá eventualmente responder– y no de la formulación de juicios de valor descalificantes, pues una expresión fuertemente crítica podrá dar lugar a otro tipo de respuestas legales (por ejemplo, si cae en el insulto gratuito e injustificado), pero nunca dará ocasión al ejercicio del derecho previsto en el art. 14 de la CADH (consid. 9°);

§ es un medio ceñido y acotado que persigue proteger «ámbitos concernientes al honor, identidad e intimidad de personas que han sido aludidas en algún medio de comunicación»,⁴⁸ de las interferencias que *prima facie* podrían haber sufrido, dando al afectado la posibilidad de responder aquello que en él se ha dicho (consid. 12); y

§ citando al Tribunal Constitucional español en la Sentencia 168/1986, expresó que «además de su primordial virtualidad de defensa de los derechos o intereses del rectificante, supone (...) un complemento a la garantía de la opinión pública libre (...) ya que el acceso a una versión diferente de los hechos publicados favorece, más que

⁴⁷ La mayoría estuvo integrada por los doctores Petracchi, López y Bossert; por medio de sendos votos concurrentes se expidieron los ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Boggiano y Vázquez; y, finalmente, el doctor Belluscio planteó su disidencia.

⁴⁸ Cfr. cit. Fallos: 315:1492, 1532, disidencia de los jueces Petracchi y Moliné O'Connor, consid. 20.

perjudica, el interés colectivo en la búsqueda y recepción de la verdad que aquel derecho fundamental protege»⁴⁹ (id. consid.).

4. El estándar “Campillay” como regla de exclusión de responsabilidad del medio de prensa y los afinamientos jurisprudenciales posteriores

A) *Explicación preliminar*. En el presente segmento del trabajo haremos sucinta alusión a un precedente fundamental en el devenir jurisprudencial del Máximo Tribunal Federal argentino en el ámbito temático que analizamos. Nos referimos a la doctrina constitucional diseñada *in re* “Campillay, Julio C. c. ‘La Razón’ y otros”, que presentaremos de modo liminar, refiriéndonos luego a ciertos ajustes y afinamientos a los que en fallos ulteriores la Corte sometió a tal estándar para *aggiornarlo* y/o tornarlo más adecuado al fin para el que fue primigeniamente concebido.

B) *El caso “Campillay”*. El pronunciamiento recaído en la causa “Campillay” data de 15 de mayo de 1986.⁵⁰ Reviste trascendencia sustancial pues en él la Corte elaboró una serie de pautas de exclusión de responsabilidad de la prensa que, con afinamientos y aclaraciones posteriores, resultan actualmente de aplicación.

Las instancias ordinarias habían admitido la responsabilidad derivada de la publicación de una noticia errónea que involucraba al actor en la perpetración de diversos delitos –de los que fue sobreseído definitivamente en sede penal–, condenando a los accionados a abonar un resarcimiento en concepto de daño moral. Contra la sentencia de segunda instancia, los codemandados S.A. La Razón y el titular del Diario Popular articularon sendos recursos extraordinarios que, denegados, generaron las respectivas quejas ante la Corte Suprema de Justicia, que aunque fueron acogidas no surtieron efecto para modificar la sentencia recurrida puesto que, por mayoría,⁵¹ el Máximo Tribunal procedió a confirmarla.

En su recorrido argumental el voto triunfante advierte que si bien en un sentido amplio la libertad de expresión “*tiene un lugar eminente* que obliga a particular cautela en cuanto se trata de deducir responsabilidades por su desenvolvimiento, puede afirmarse sin vacilación que ello no se traduce en el propósito de asegurar la impunidad de la prensa (*Fallos*: 119:231; 155:57; 167:121; 269:189, considerando 4°; 269:195, considerando 5°)” (bastardilla agregada, consid. 5°). Añade al respecto que “[l]a función primordial que en toda sociedad moderna cumple el periodismo supone que ha de actuar con la más amplia libertad, pero el ejercicio del derecho de informar no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitu-

⁴⁹ Cfr. fundamento 5° de tal sentencia.

⁵⁰ Cit. *supra*, nota 34.

⁵¹ Los posicionamientos en el Tribunal fueron: por la mayoría, votaron los jueces Belluscio, Petracchi y Bacqué; mientras que en sendas disidencias se pronunciaron los doctores Caballero y Fayt.

cionales, entre los que se encuentran el de la integridad moral y el honor de las personas (arts. 14 y 33 de la Constitución Nacional)” (el énfasis no es del original; cfr. id. consid.).

El consid. 7° de la mayoría deviene medular en el razonamiento que dio origen a la formulación de lo que tradicionalmente se denomina el estándar de “Campillay”. En efecto, y luego de señalar que en el caso que resolvía “las noticias en cuestión aparecen plagadas de subjetividades e inexactitudes respecto del actor, quien es calificado como integrante de una asociación delictiva dedicada al robo y al tráfico de estupefacientes, que gastaba su botín en casinos, hipódromos y en diversiones con mujeres”, enfatiza que “[t]al proceder de los diarios demandados, implicó un ejercicio imprudente de su derecho de informar, toda vez que un enfoque adecuado a la seriedad que debe privar en la misión de difundir noticias que puedan rozar la reputación de las personas –admitida aún la imposibilidad práctica de verificar su exactitud– imponía *propalar la información atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente, utilizando un tiempo de verbo potencial o dejando en reserva la identidad de los implicados en el hecho ilícito ...*” (remarcado agregado).

Básicamente entonces, los resortes de funcionamiento de la doctrina “Campillay” como regla de exclusión de responsabilidad del medio de prensa labradas en el precedente que examinamos (o, como las denomina Fayt, “las pautas objetivas de prudencia que deben observarse cuando se da una información”⁵²), se configuran cuando: a) se brinde la información atribuyendo su contenido directamente a la fuente pertinente y, de ser posible, transcribiéndola; b) se emplee un modo verbal potencial; o c) se deje en reserva la identidad de las personas presuntamente implicadas en el hecho ilícito.

C) *Algunos afinamientos del modelo “Campillay” en fallos posteriores.* Para evitar la desnaturalización del estándar que oportunamente labrara, y paralelamente, mantenerlo *aggiornado* como garantía de su operabilidad, la Corte ha ido perfilando de modo paulatino algunos ajustes y afinamientos de las reglas que lo configuran. Colateralmente, es preciso tener presente que el propio Tribunal lo ha catalogado como “doctrina constitucional” que, cuando es puesta en juego, genera “cuestión federal” suficiente para habilitar su intervención por vía del recurso extraordinario federal.

Así, en sucinta presentación de algunos precedentes que trasuntan la ulterior delimitación del criterio bajo estudio, vale consignar que:

§ En la causa “Granada, Jorge Horacio c. Diarios y Noticias S.A.”,⁵³ de 26 de octubre de 1993,⁵⁴ sostuvo que la atribución de la noticia a una fuente debía ser “sincera”,

⁵² FAYT, Carlos S. (2001), *Los derechos humanos y el poder mediático, político y económico. Su mundialización en el siglo XXI*, Buenos Aires, La Ley, p. 219.

⁵³ *Fallos*, 316:2394.

⁵⁴ La plataforma fáctica que dio cuerpo al caso consistía en lo siguiente: a causa de los hechos sucedidos en el mes de octubre de 1985, el Poder Ejecutivo determinó el arresto del actor y de otras personas. Fue así como el Sr. Granada accionó por daños y perjuicios contra “Diarios y Noticias” (DyN), que en la misma fecha en que el aludido decreto fue emitido publicó el despacho 157. Entendió el accionante que tal publicación era injuriosa y lesiva de la buena reputación suya y la de su esposa e hijos.

ya que de tal modo la noticia “dejaría de ser propia del medio”, recordando que todo medio es responsable –si se dieran los restantes requisitos– de la falsedad sustancial de las noticias expuestas asertivamente y como propias, que afecten la reputación de una persona; de ahí que no asuma esa responsabilidad cuando utilice un tiempo de verbo potencial, ya que faltaría el mencionado carácter asertivo; o cuando omite la identidad de los implicados, puesto que estaría ausente la afectación señalada; o cuando atribuye sinceramente la noticia a una fuente, dado que –como acabamos de anticipar– aquélla dejaría de ser propia del medio (cfr., principalmente, consid. 6º de la mayoría⁵⁵);

§ en “Triacca, Alberto J. c. Diario La Razón y otros”,⁵⁶ de 26 de octubre de 1993, “Espinosa, Pedro F. c. Herrera de Noble, Ernestina y otros”,⁵⁷ de 27 de octubre de 1994 y en la citada causa “Menem” señaló que para obtener la exención de responsabilidad del informador, es menester que éste hubiera atribuido directamente la noticia a una fuente identificable y que se trate de una transcripción sustancialmente fiel o idéntica de lo manifestado por aquélla. Según indica Flores, “en los casos en que se atribuye sinceramente la noticia a su fuente, la exención de responsabilidad deriva de que, mediante la actividad del informador, se transparenta el origen de las informaciones y se permite a los lectores relacionarlas no con el medio a través del cual las han recibido, sino con la específica causa que las ha generado. También los propios aludidos resultan beneficiados, en la medida en que sus eventuales reclamos –si a ellos se creyeran con derecho–, podrán ser dirigidos contra aquéllos de quienes las noticias realmente emanaron y no contra los que sólo fueron sus canales de difusión”,⁵⁸

Sen lo tocante a las constancias de los expedientes judiciales y las condiciones de alegabilidad del precedente “Campillay”, en algunas causas (v.gr., “G., A. R. c. Gorbatto, Viviana”,⁵⁹ de 31 de agosto de 2004) la Corte exigió a los medios una conducta diligente en orden a que la información propalada se adecue a los datos suministrados por la propia realidad, es decir, la correspondencia objetiva entre lo informado y las constancias del juicio, debiendo extremarse tal requerimiento de obrar con diligencia cuando se esté ante la presencia de una “noticia con evidente potencialidad calumnio-

⁵⁵ La mayoría quedó integrada con los doctores Belluscio, Cavagna Martínez, Nazareno, Moliné O’Connor y Petracchi. Por su parte, en disidencias parciales se pronunciaron en forma individual el juez Boggiano y conjunta los ministros Barra, Fayt y Levene (h.).

⁵⁶ *Fallos*, 316:2416.

Votaron los doctores Boggiano, Barra, Nazareno, Levene (h.) y Moliné O’Connor; mientras que en concurrencia conjunta lo hicieron los ministros Fayt, Belluscio y Petracchi.

⁵⁷ *Fallos*, 317:1448.

Coincidentemente se pronunciaron los doctores Levene (h.), Belluscio, Petracchi, Nazareno, Moliné O’Connor, Boggiano, López y Bossert.

⁵⁸ Ya citados *Fallos*, 316:2394 y 2416, voto de la mayoría y voto de los jueces Fayt, Belluscio y Petracchi (cfr. FLORES, OSCAR, “Libertad de prensa y derechos personalísimos: criterios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 2006-2 [‘Honor, imagen e intimidad’], Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2006, pp. 312/313).

⁵⁹ *Fallos*, 327:3560.

Suscribieron el pronunciamiento los ministros Petracchi, Belluscio, Fayt, Boggiano, Vázquez, Maqueda y Highton de Nolasco.

sa o difamatoria”.⁶⁰ En otras palabras, no basta la mención a la fuente (expediente penal) si la información brindada no entraña una transcripción sustancialmente fiel o idéntica (por ejemplo, en “G., C. A. c. El Día S.A.”,⁶¹ de 18 de diciembre de 2001);

Sya acerca de la utilización del modo verbal potencial para eximir de responsabilidad al medio periodístico en los términos de la doctrina “Campillay”, se ha determinado que ello resulta insuficiente si se difunden noticias que luego resultan falsas, tal como por ejemplo se decidió en “B., F. A. c. Diario El Sol de Quilmes”,⁶² de 18 de febrero de 2003, si el sentido completo del discurso es asertivo y no conjetural –en la causa en cuestión se había afirmado que el actor (un conocido abogado penalista) había sido procesado, estaba prófugo de la Justicia y “sería uno de los cerebros” de una banda criminal–, ya que de lo contrario bastaría el empleo mecánico del citado modo verbal para atribuir a alguien cualquier cosa sin tener que responder por ello;⁶³ y

§ en dirección convergente, la aludida premisa se aplicó en “P., C. A. y otro c. H. de N., E. y otro”,⁶⁴ de 21 de octubre de 2003,⁶⁵ al reiterar *la exigencia a los órganos de*

⁶⁰ Cfr. consid. 16.

Textualmente en dicho considerando se afirma: “Que, en tales condiciones, de ‘la falta de correspondencia objetiva entre lo informado y las constancias del juicio, en el cual la actora nunca admitió ni confesó haber cometido incesto con su padre’, cabía derivar –como hizo el *a quo*– el pertinente juicio de reproche pues debe ponderarse la condición de periodista, formadora de opinión pública, que obligaba a la demandada a un obrar cauteloso al difundir la información (arg. art. 902 del Código Civil), y la exigencia de adecuar, primeramente, la información a los datos suministrados por la propia realidad, máxime cuando se trata de una noticia con evidente potencialidad calumniosa o difamatoria”. En línea con lo expuesto, en el considerando transcripto se citan los siguientes precedentes: *Fallos*, 310:508; 321:3170 y 325:50.

⁶¹ *Fallos*, 324:4433.

La mayoría quedó compuesta por los doctores Nazareno, Moliné O’Connor y López; concurrente e individualmente lo hicieron los ministros Fayt y Vázquez; y en disidencias conjunta se pronunciaron por una parte los doctores Belluscio y Bossert y por la otra los ministros Petracchi y Boggiano.

⁶² *Fallos*, 326:145.

Integraron la mayoría los doctores Nazareno, Moliné O’Connor, Belluscio, Petracchi, López, Vázquez y Maqueda; concurrentemente votó el doctor Fayt y en disidencia se pronunció el ministro Boggiano.

⁶³ Previamente, en el caso “B., A. L. c. La Nación”, de 23 de agosto de 2001, según apunta Flores, la Corte había determinado “que el carácter asertivo de un titular no es suficiente para responsabilizar a la prensa escrita, si en el cuerpo de la nota impugnada y en artículos posteriores no se utilizan frases asertivas que vinculen a los presuntos implicados con el hecho investigado, y se formulan las aclaraciones necesarias referentes a la sospecha de inexactitud que pesa sobre las especies periodísticas que se difunden” (cfr. FLORES, OSCAR, “La Corte Suprema reafirma la doctrina Campillay”, *La Ley*, T° 2001-F, Buenos Aires, p. 235).

⁶⁴ *Fallos*, 326:4285.

El posicionamiento fue el siguiente: por la mayoría se pronunciaron los jueces Fayt, Petracchi y Vázquez; mientras que en sendos votos concurrentes lo hicieron los doctores Belluscio y López.

⁶⁵ Es preciso tener presente que en el particular la Corte hizo lugar, por mayoría, a la demanda por daños y perjuicios entablada por un matrimonio contra la directora de Diario Clarín y la empresa editora “Arte Gráfico S.A.” por haber vinculado a la pareja con el tráfico de niños, sindicándola como supuesta compradora de sus hijos adoptivos (además de que el matutino publicó el nombre completo de los damnificados y el de sus hijos menores de edad). En definitiva, condenó a los accionados a abonar \$ 306.030, más intereses y costas.

prensa en orden a que obren con cautela evitando el modo asertivo cuando no hayan podido corroborar debidamente la exactitud de las noticias vinculadas con hechos delictivos de indudable repercusión pública. En ese sentido señaló que “en atención a las dificultades que tienen los medios que cubren la crónica diaria para verificar la exactitud de las noticias vinculadas con hechos delictivos de indudable repercusión pública, y frente a la necesidad de preservar la integridad moral y el honor de las personas, en tanto cuentan con protección constitucional, el Tribunal ha exigido a los órganos de prensa que obren con cautela evitando el modo asertivo cuando no han podido corroborarla debidamente” (consid. 23 de la mayoría). Particularmente el Tribunal reiteró con respecto a la utilización del modo potencial “que la verdadera finalidad de esa regla jurisprudencial estriba en otorgar la protección a quien se ha referido sólo a lo que puede ser (o no), descartando toda aseveración, o sea la acción de afirmar y dar por cierta alguna cosa. La pauta aludida no consiste solamente en la utilización de un determinado modo verbal –el potencial– sino en el examen del sentido completo del discurso, que debe ser conjetural y no asertivo porque si así no fuera bastaría con el mecánico empleo del casi mágico ‘sería...’ para poder atribuir a alguien cualquier cosa, aun la peor, sin tener que responder por ello” (consid. 20, id. voto). Por su parte, y en torno a la alegación de los demandados acerca de que la controversia debió ser examinada a la luz del estándar de la real malicia (punto que retomaremos *infra*), expresó que la doctrina del dolo o negligencia casi dolosa “no juega cuando, como en el caso, se trata del reclamo de un ciudadano que no es funcionario público, aunque el tema divulgado por el medio periodístico pudiera catalogarse de interés público o general, motivo por el cual se deben aplicar las reglas comunes de la responsabilidad civil, según las cuales basta la simple culpa del agente para comprometer la responsabilidad del órgano de prensa”⁶⁶ (consid. 27, id. voto).

5. En torno a la doctrina de la “real malicia”⁶⁷

A) *Su formulación en la jurisprudencia norteamericana.* La aludida doctrina fue sistematizada en los EE.UU., donde comenzó a ser elaborada a partir del trascendente fallo “New York Times Co. vs. L. B. Sullivan”,⁶⁸ de 1964. En dicha ocasión, el Supremo Tribunal norteamericano entendió que los comentarios vertidos acerca de la conducta de los funcionarios públicos (*public officials*) gozan de una capa tuitiva que sólo puede ser negada si se logra probar la mala intención (*actual malice*), esto es, el consciente conocimiento de que la noticia que se publica es falsa, o el notorio desprecio sobre su falsedad o veracidad (*reckless disregard of whether it was false or not*); paralelamente, se produce la inversión de la carga probatoria, quedando en cabeza del presunto

⁶⁶ Cftar. información en *DiarioJudicial.com - La actualidad desde el Derecho*, 22 de octubre de 2003 (www.diariojudicial.com).

⁶⁷ Para ampliar sobre el particular, ver BAZÁN, Víctor (1998), “El Máximo Tribunal Federal argentino y la aplicación del *standard* de la malicia real”, *Revista Jurídica del Perú* (Año XLVIII, N° 17), Trujillo, octubre/diciembre de 1998, pp. 127/145.

⁶⁸ 376 U.S. 254, Justice: Brennan.

afectado la acreditación de la malicia real por parte del órgano que publicó la noticia relacionada con algún aspecto de la función de aquél.⁶⁹

A partir de dicho *leading case*, el Tribunal Supremo ha evidenciado una evolución jurisprudencial en la materia, algunos de cuyos pasos se presenta a continuación:⁷⁰

§ En “*Roseblatt vs. U. Baer*”⁷¹ amplió el ámbito aplicativo de la *real malice* a las figuras públicas (*public figures*) o sujetos con poder de decisión en asuntos públicos, no necesariamente funcionarios; idéntica solución brindó en “*Curtis Publishing Co. vs. Butts*”;⁷²

§ en “*Rosebloom vs. Metromedia*”⁷³ la hizo aplicable al caso en que el actor era un distribuidor de revistas pornográficas (sujeto privado), en virtud de que se trataba de una materia de relevancia pública o general, con lo que el criterio del Tribunal desbordaba en su virtualidad operativa al componente subjetivo; es decir, la juzgó de aplicación no sólo en los casos en que el demandante fuera un funcionario público o una persona que, sin serlo, tuviese poder de decisión en los asuntos públicos, siempre que la información se refiriera a tal tenor de asuntos;

§ en “*Gertz vs. Robert Welch Inc.*”,⁷⁴ con distinta integración, el Tribunal ofreció algún repliegue en el avance de la *actual malice*, diciendo que no era suficiente el mero interés público de la noticia –no veraz– cuando estaba involucrada una persona privada que adquiere la calidad de figura pública por haberse envuelto en algún tema de relevancia pública, en cuyo caso el afectado sólo debía probar la negligencia del informante para que se condenara a éste al resarcimiento pertinente; debe recordarse, empero, que el Tribunal mantuvo su criterio en cuanto a la aplicación del estándar de la malicia real cuando se trataba de informaciones relativas a sujetos que son figuras públicas por su “poder de influencia”, siempre que la información fuese de relevancia pública. En otras palabras, en este caso se vehiculó una suerte de “reconfiguración” del citado precedente “*New York Times vs. Sullivan*”;

§ en la sentencia “*Time Inc. vs. Firestone*”,⁷⁵ interpretó que para revestir el carácter de figura pública era menester intervenir en una controversia pública, mas no todas las controversias que interesan al público participan de tal calidad; en el caso, se trataba de la publicación –que contenía algunas falsedades– por parte de la revista “*Time*” de un reportaje relativo al divorcio entre Mary Alice y Russel Firestone; y

⁶⁹ Cfr. JAÉN VALLEJO, Manuel (1992), *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Madrid, Colex, pp. 30/31.

⁷⁰ En el señalamiento seguimos a Jaén Vallejo, Manuel, *ibíd.*, pp. 31 y ss.

⁷¹ 385 U.S. 75, 1966.

⁷² 388 U.S. 130, 1967.

⁷³ 403 U.S. 29, 1971.

⁷⁴ 418 U.S. 323, 1974.

⁷⁵ 424 U.S. 448, 1976.

Por último, acotamos que en fallos posteriores continuó el Supremo Tribunal discurriendo el sendero interpretativo de “Time Inc. vs. Firestone”, v.gr. en los casos “Hutchinson vs. Proxmire”⁷⁶ y “Dun & Bradstreet Inc. vs. Greenmoss Builders Inc.”.⁷⁷

B) *Su adaptación al derecho argentino*. Por la importancia del tema en cuestión, y los cambios que al influjo de la interpretación fue sufriendo la aludida doctrina, realizaremos una breve alusión a algunos casos de la Corte Suprema de Justicia argentina que abordaron el punto en examen,⁷⁸ aclarando desde ya que su aceptación en el ámbito interno ha sido resistida por algunos sectores doctrinarios, pues –entre otras adaptaciones– fue por ejemplo catalogada de “extranjerizante”.⁷⁹

La Corte Suprema se hizo cargo de las críticas y replicó que no se trata de una doctrina “extranjerizante”,⁸⁰ sino de una “doctrina constitucional” del Tribunal –como la de “Campillay”– que incorpora en el escenario jurídico nacional “un factor de atribución de responsabilidad específico, distinto y cualificado respecto del general contemplado en las normas vigentes de la legislación de fondo, para la cual basta la simple culpa”.⁸¹

a) “Costa”. En dicha sentencia,⁸² de 12 de marzo de 1987, y con remisión a su jurisprudencia y a la elaborada por la Corte Suprema estadounidense a partir del caso “New York Times vs. Sullivan”, la mayoría del Máximo Tribunal argentino sostuvo que a los efectos de adjudicar responsabilidad civil a los medios informativos por la difusión de noticias inexactas, era necesario distinguir según la calidad del sujeto pasivo de la difamación, esto es, entre el “funcionario público” y el “ciudadano privado”, confiriendo una protección más amplia a este último (consid. 10).

Añadió que “...para obtener la reparación pecuniaria por las publicaciones concernientes al ejercicio de su ministerio, los funcionarios públicos deben probar que la información fue efectuada a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación acerca de tal circunstancia (...); en cambio basta la ‘negligencia precipitada’ o ‘simple culpa’ en la propalación de una noticia de carácter difamatorio de un particular para generar la condigna responsabilidad de los medios de comunicación pertinentes...” (consid. 11).

⁷⁶ 443 U.S. 111, 1979.

⁷⁷ 472 U.S. 749, 1985.

⁷⁸ Un acercamiento al tema puede verse en BAZÁN, Víctor, “El fin y los medios. El *standard* de la malicia real en la percepción de la Corte: más interrogantes que certezas”, *El Derecho*, Buenos Aires, 28 de septiembre de 1998, pp. 1/8.

⁷⁹ Sobre el tema, ver por ejemplo, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Nuestro derecho común interno frente a la doctrina jurisprudencial norteamericana de la ‘actual malice’ (A propósito de los casos ‘Morales Solá’ y ‘Gesualdi’)”, *La Ley*, T° 1997-A, Buenos Aires, pp. 936 y ss.; y BIANCHI, Enrique T., y GULLCO, Hernán V., “La libertad de expresión y algunas doctrinas extranjeras”, *Jurisprudencia Argentina*, T° 1994-II-839, Buenos Aires.

⁸⁰ Cfr., por ejemplo, *Fallos*, 321:2558, voto concurrente del doctor Fayt (consid. 10).

⁸¹ Ver *Fallos*, 319:3085, voto del doctor Vázquez, consid. 17; y *Fallos*, 321:3170, voto del juez Vázquez, consid. 10. Sobre el particular, *vid.* para ampliar Flores, Oscar, *op. cit.* (“Libertad de prensa y derechos personalísimos ...”), pp. 310/311.

⁸² Cit. en nota 32.

Además, agregó que dicho *standard* de responsabilidad –más riguroso frente a los particulares que ante los funcionarios del gobierno o asuntos de interés general– respondía “...en última instancia al fundamento republicano de la libertad de imprenta ya que ‘...no basta que un gobierno dé cuenta al pueblo de sus actos, sólo por medio de la más amplia libertad de prensa puede conocerse la verdad e importancia de ellos y determinarse el mérito o responsabilidad de los poderes públicos...’ (discurso del doctor Vélez Sarsfield en la sexta sesión ordinaria de la Convención Constituyente del año 1860) y, en consecuencia, el retraimiento de la prensa en este ámbito causaría efectos más perniciosos que los excesos o abusos de la libertad de informar...” (consid. 13).

b) “*Vago, Jorge Antonio c. ‘Ediciones de La Urraca S.A.’ y otros*”. Por su parte, la Corte aludió en forma “relativamente orgánica” a la citada doctrina en el caso citado en el rótulo,⁸³ de 19 de noviembre de 1991.

La expresión “relativamente orgánica” obedece a que, como afirma Colautti al comentar aquel pronunciamiento, si bien la decisión adoptada es coincidente en cuanto al fondo de la cuestión (desestimación de la queja), refleja tres opiniones diversas:⁸⁴ la de los doctores Fayt y Barra, quienes refirieron explícitamente a la doctrina de la real malicia (consid. 11), sosteniendo la importancia de su adopción en forma no dogmática, otorgándole presunción de legitimidad a las informaciones sobre cuestiones institucionales, además de entronizar la inversión de la carga probatoria (consid. 12); la de los jueces Petracchi y Moliné O’Connor, magistrados que concluyeron que las críticas del apelante eran impotentes para sostener la arbitrariedad alegada, entre otras razones, porque no impugnó la intervención del actor –como periodista– en diversas controversias de interés público, por lo que quedaba firme el segundo argumento utilizado por el *a quo* para adjudicar el carácter de “figura pública” a Vago (consid. 4); y la de los ministros Nazareno y Boggiano, quienes entendieron que las discrepancias del apelante (pese a referirse a las garantías contenidas en los arts. 17, 18 y 33 de la C.N.) no eran idóneas para habilitar la vía extraordinaria al no resultar atinentes a la interpretación de normas federales ni suficientes para apoyar la tacha de arbitrariedad que pretendía (consids. 3 y 4).

A su tiempo, Pizarro⁸⁵ expresa que la causa “Vago” no puede ser considerada como el “New York Times” argentino, pues –tal como anunciáramos– solamente dos de los seis vocales que suscribieron el decisorio (Barra y Fayt), mencionaron en forma expresa a la doctrina de la malicia real: en el consid. 11 –y, agregamos por nuestra parte, en el consid. 12.

⁸³ *Fallos*, 314:1517.

Los alineamientos del Tribunal fueron los siguientes: por la mayoría se pronunciaron los jueces Fayt y Barra, mientras que en concurrencias conjuntas se expidieron los doctores Petracchi y Moliné O’Connor por una parte y Nazareno y Boggiano por la otra.

⁸⁴ COLAUTTI, Carlos E.: “Precisiones sobre una tensión permanente”, *La Ley*, T° 1992-B, Buenos Aires, p. 366.

⁸⁵ Cftar. PIZARRO, Ramón D., “La doctrina de la real malicia en la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. El caso ‘Dora Gesualdi’”, *Jurisprudencia Argentina*, 9 de julio de 1997, Buenos Aires, p. 10.

c) “*Morales Solá, Joaquín M.*”. El fallo en cuestión fue emitido el 12 de noviembre de 1996.⁸⁶ Implicó la revocación del pronunciamiento emitido por la Cámara Nacional Criminal y Correccional –Sala P– por virtud del cual se condenaba al periodista Joaquín Miguel Morales Solá a la pena de tres meses de prisión, en suspenso, por considerarlo penalmente responsable del delito de injurias (art. 110 del Código Penal). De lo antedicho surge que la Corte terminó por absolver al aludido hombre de prensa, evidenciando algunos votos con una marcada sustentación en la doctrina de la malicia real (v. gr. los de Boggiano y Vázquez). Cabe aclarar que la premencionada Cámara condenó al periodista alegando la aplicación de los parámetros de la malicia real.

Moviliza a la reflexión el enfoque que brinda el periodista Verbitsky en torno al caso, elaborando una descarnada descripción de la situación que por entonces se vivía, sobre todo, con la denominada “mayoría automática” de la Corte Suprema que acompañaba a la política oficial del entonces Presidente Menem. Tal periodista sostuvo: “La absolución del periodista Joaquín Morales Solá revela la necesidad y urgencia de la Corte Suprema de Justicia por exhibirse en una posición independiente. De este modo procura rescatar algo del prestigio perdido desde 1990, cuando el gobierno del Presidente Carlos Menem creó de la noche de un jueves a la mañana de un viernes una mayoría automática de seis sobre nueve de sus miembros, atenuada a cinco en 1993. Aunque por malas razones, buenas noticias. (...) Es irónico, pero no casual, que los ministros del tribunal que asumen como deseos las órdenes del jefe supremo de la Nación hayan sido los más expeditivos en la resolución del caso (...). La Justicia es así, una vez más, espejo y escenario de las confrontaciones políticas, algo usual desde que el menemismo la redujo a servidumbre, como una pieza más de su dispositivo de poder”.⁸⁷

La Corte sostuvo que el fallo de la Cámara era arbitrario en tanto condenó al procesado por el delito de injurias sobre la base de la afirmación dogmática de que el mismo conocía el carácter disvalioso de la afirmación que hacía y debía tener serias dudas sobre su veracidad, lo que no se compadecía con las constancias de la causa; y porque al soslayar los descargos del imputado invirtió la carga de la prueba en su perjuicio, resolviendo la cuestión en flagrante violación del principio de inocencia, al hacer redundar en su detrimento la fortuita circunstancia de la desaparición de la fuente periodística.

Por lo demás, en el voto mayoritario se aprecia que luego de advertir que el recurrente postulaba la aplicación del criterio sentado por la doctrina judicial norteamericana *in re* “*New York Times Co. vs. Sullivan*”, con arreglo al cual la protección constitucional se extiende a las expresiones inexactas o falsas, cuando las mismas se refieren a funcionarios públicos respecto de temas de relevancia institucional, salvo que se probare que el periodista hubiera tenido conciencia de la falsedad de la noticia; advierte que “no fue otra la doctrina aplicada por el *a quo* como fundamento de su decisión, al sostener que

⁸⁶ *Fallos*, 319:2741.

⁸⁷ VERBITSKY, Horacio (1997), *Un mundo sin periodistas*, Buenos Aires, Planeta - Espejo de la Argentina, pp. 190/191.

se había probado el conocimiento de la falsedad o inexactitud de la imputación por parte del autor del hecho, 'y la despreocupación para indagar acerca de la falsedad, inexactitud o veracidad de la manifestación pública, cuando sin duda se disponía de los medios para tal fin', conclusión que no aparece como resultante de una interpretación constitucional contraria a los derechos del recurrente, ya que trataríase –al margen de los defectos de fundamentación que presenta el decisorio– de un juicio naturalmente vinculado con los extremos fácticos y probatorios de la causa”.

d) “*Ramos, Juan J. c. LR3 Radio Belgrano y otros*”. En esta causa,⁸⁸ resuelta el 27 de diciembre de 1996, la Corte se expidió mayoritariamente por la viabilidad de dicha pauta jurisprudencial en un empalme con la doctrina “Campillay” en cuanto a la atribución del contenido de la noticia agravante a la fuente de la cual provino, como forma de eximir al medio por la responsabilidad que pudiera corresponderle por su difusión,⁸⁹ al considerarla el medio más idóneo para alcanzar la más amplia libertad de prensa, entendiéndola aplicable al caso en que el actor, “en su carácter de ‘funcionario que realizaba tareas de importancia’ en la Secretaría de Energía (...), debe ser considerado (...) como un ‘funcionario público’ cuyo honor merece una tutela menor que la que corresponde a los ‘simples ciudadanos privados’”. Añade que, “[p]or tal razón, la responsabilidad del demandado en autos sólo podrá fundarse en la acreditación, por parte del actor, de que aquél actuó con conocimiento acerca de la falsedad de la información o, al menos, con total despreocupación acerca de dicho extremo” (consids. 10 y 11 del voto mayoritario⁹⁰).

A su turno, los ministros que formularon una disidencia conjunta⁹¹ rechazaron el agravio relativo a que el *a quo* se había abstenido de aplicar la doctrina de la malicia real, indicando que aquél no sólo no había inaplicado dicha doctrina, sino que “al valorar los elementos probatorios obrantes en el *sub judice* consideró que se habían configurado los extremos que, con arreglo a la citada doctrina, permitían atribuir responsabilidad civil al demandado” (consid. 8°). De ello se deduce que los disidentes también se expidieron en favor de la vigencia aplicativa de tal estándar, en sintonía con el también disidente voto del doctor Vázquez.

Sin embargo, en la misma causa (“Ramos”), el voto mayoritario admite que con anterioridad a su dictado pero con posterioridad a la expedición del pronunciamiento en la aludida causa “Costa”, el criterio de la malicia real fue adoptado por integrantes de la Corte en diversos pronunciamientos, citando el voto de los doctores Fayt y Barra en “Vago”; la disidencia de los ministros Fayt, Barra y Cavagna Martínez en “Abad”;⁹² las disidencias de los doctores Fayt, Petracchi y Barra en “Tavares, Flavio Aristides”⁹³ y

⁸⁸ *Fallos*, 319:3428.

⁸⁹ Sobre el punto, ver Gelli, María Angélica, *op. cit.*, nota 1, pp. 295/300.

⁹⁰ Suscripto por los ministros Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano y Bossert.

⁹¹ Se trata de los doctores Nazareno, Moliné O'Connor y López. A su tiempo, el ministro Vázquez elaboró una disidencia individual.

⁹² *Fallos*, 315:632, de 7 de abril de 1992.

⁹³ *Fallos*: 315:1699, de 10 de agosto de 1992.

de los ministros Fayt y Boggiano en “Rodríguez, Horacio D. s/ art. 109 del Código Penal”⁹⁴ (*vid. consid. 9° in fine*).

e) “Menem, Amado C. c. La Voz del Interior”. El actor (Amado Calixto Menem) interpuso demanda resarcitoria contra el propietario del periódico “La Voz del Interior”, que había publicado una noticia difamatoria junto a la fotografía del demandante en la cual se vinculaba a éste con una mesa de dinero clandestina, demostrándose en el proceso que el involucrado en tales hechos era un homónimo.

En ambas instancias ordinarias la acción fue rechazada por aplicación de la teoría de la real malicia por ser el demandante hermano del por entonces presidente argentino, lo que provocó la articulación del recurso extraordinario federal que fue declarado procedente revocándose la sentencia impugnada.

Para así decidir la Corte Suprema, por mayoría⁹⁵ (el 5 de agosto de 2003), entendió que el tribunal *a quo* se había apartado de la doctrina de la real malicia puesto que aplicó al actor –que no era funcionario público ni figura pública– un estándar de “protección atenuada” del honor concebido sólo para los casos en que tales funcionarios o figuras públicas estén comprometidos en temas de interés general (considerando 7° de la mayoría), para lo cual reenvió a lo decidido en las referidas causas “Triacca” y “Ramos”.

Previamente, y en cuanto a lo que aquí interesa para compulsar la percepción de la Corte sobre la real malicia y el mantenimiento o la modificación del criterio al respecto, aquélla puso de manifiesto que en el mencionado caso “Ramos” había ratificado tal doctrina que hubo expresado en el precedente “Costa”, “según la cual para obtener la reparación pecuniaria por las publicaciones concernientes al ejercicio de su ministerio, los funcionarios públicos deben probar que la información fue efectuada a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación acerca de tal circunstancia; en cambio, basta la ‘negligencia precipitada’ o ‘simple culpa’ en la propalación de una noticia de carácter difamatorio de un particular para generar la condigna responsabilidad de los medios de comunicación pertinente”⁹⁶ (considerando 5° de la mayoría).

f) *Brevísimo resumen de la evolución de la doctrina de la malicia real en la percepción de la Corte Suprema*. Telegráfica y casi rudimentariamente, puede describirse el devenir de dicha doctrina en el seno del Alto Tribunal, con las siguientes pinceladas:

En “Costa” se aludió a la doctrina de la *actual malice* inoculada al fallo de la Corte norteamericana en “New York Times vs. Sullivan”.

⁹⁴ Causa R.52.XXV, de 30 de mayo de 1995.

⁹⁵ Fallos, 326:2491.

Los posicionamientos de los integrantes del Tribunal fueron los siguientes: la moción que guió el fallo fue firmada por los doctores Fayt, Petracchi, Boggiano, López y Vázquez; mientras que por sus votos se expidieron individualmente los ministros Belluscio y Moliné O'Connor.

⁹⁶ Alude a los considerandos 9, 10 y sus citas de la citada sentencia recaída en “Ramos”.

En “Vago” también se hizo referencia a la doctrina jurisprudencial norteamericana de la malicia real, pese a que no se la introdujo como sustento de la decisión adoptada.

En causas como la aludida “Abad” (disidencia de los doctores Fayt, Barra y Cavagna Martínez), se hicieron extensivos los cánones de la *actual malice* a los procesos penales.

Finalmente, las sentencias que brindaron recepción definitiva a la malicia real fueron las recaídas en los casos “Morales Solá” y “Ramos”.

Para concluir este acercamiento, remitimos a Flores quien ha advertido que para la Corte Suprema no se aplica el estándar de protección atenuada del honor (concebido sólo para los casos en que los funcionarios y figuras públicas estén comprometidos en temas de interés general) cuando los actores son simples particulares, debiendo articularse en tales supuestos las reglas comunes de la responsabilidad civil, según las cuales basta probar la simple culpa para comprometer la responsabilidad del órgano de prensa (cfr. lo resuelto en el nombrado caso “Menem” y en “D., C. c. Editorial Jornada S.A. y/u otro”,⁹⁷ de 14 de octubre de 2004).⁹⁸

6. Conflicto entre libertad de información y derecho a la intimidad de los menores

Tomaremos como caso testigo la sentencia dictada por la Corte Suprema el 28 de agosto de 2007 *in re* “S., L. E. c. Diario ‘El Sol’ s/ daños y perjuicios”.

Para contextualizar brevemente al lector, puede decirse que las instancias inferiores habían condenado al Diario “El Sol” a reparar los perjuicios derivados de la difusión de situaciones relativas a la vida familiar, sexual y afectiva de una persona menor de edad, lo que motivó el recurso extraordinario federal interpuesto por dicho medio de comunicación, el que fue concedido, producto de lo cual el Máximo Tribunal Federal confirmó el *díctum* resistido.

En tal decisión,⁹⁹ se pronunció nuevamente en torno al conflicto entre libertad de prensa y derecho a la intimidad de los menores, dando continuidad a un criterio que privilegia los intereses de éstos.¹⁰⁰

⁹⁷ *Fallos*, 327:4258.

⁹⁸ FLORES, Oscar, *op. cit.* (“Libertad de prensa y derechos personalísimos...”), p. 320.

⁹⁹ Causa “S.1858.XL”.

La moción triunfante fue suscripta por los doctores Lorenzetti y Highton de Nolasco, añadiéndose las concurrencias conjunta de los jueces Maqueda y Zaffaroni, e individuales de los ministros Fayt y Argibay.

¹⁰⁰ Cfr. “S., V. c. M., D. A. s/medidas precautorias”, de 3 de abril de 2001 (*Fallos*, 324:975); “P., I. G. y otro c. Arte Radiotelevisivo Argentino S.A.”, 17 de noviembre de 2003 (Causa ‘P.638.XXXVII’); y “K., L. A. y otro c. Santillán, María Laura y otros s/ daños y perjuicios”, de 31 de agosto de 2004 (Causa ‘K.82.XXXVII’).

Entre otros puntos de interés, la Corte Suprema señaló que la doctrina “Campillay” no es aplicable cuando media una prohibición legal de difusión de noticias relativas a menores (como la contenida en el Decreto-ley 10.067/83 de la Provincia de Buenos Aires –que proscribía difundir los nombres de menores vinculados a causas judiciales–), porque “si la finalidad tuitiva del legislador fue evitar la publicidad de ciertos hechos, en cuanto concierna a la persona del menor, mal podría soslayarse esta prohibición apelando al uso de un tiempo potencial de verbo o citando expresamente la fuente de que emana la información, aun cuando ésta provenga de los magistrados que entendieron en la causa judicial que involucra al menor de edad. En tales supuestos, sólo omitiendo la identificación del menor –es decir, cumpliendo con la prescripción legal– se cumpliría con la protección de su esfera de intimidad frente a injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada” (consid. 5° del voto que guió el fallo).

A juicio de Flores, en el caso que examinamos es posible afirmar que el interés estatal apremiante estaba claro y tenía incluso jerarquía constitucional: se trata del estándar del interés superior del niño que engloba su derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, y a no ser convertido “en un objeto mediático”.¹⁰¹ Añade que, “en términos de ponderación o balance de derechos, podría admitirse que en este tipo de casos el interés estatal en preservar el anonimato de los menores pesa mucho más que la mínima interferencia que pudiera ocasionar a la libertad de prensa la prohibición de publicar su nombre”.¹⁰²

7. La derogación del delito de desacato en Argentina como cumplimiento de un compromiso asumido internacionalmente y su impacto en la jurisprudencia interna

A) *El antecedente que dio origen a la abrogación de la figura penal de desacato.* En fecha 5 de mayo de 1992 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, también Comisión IDH) recibió una denuncia contra la República Argentina formulada por el periodista Horacio Verbitsky. Éste fue condenado por el delito de desacato (art. 244 del Código Penal), al supuestamente injuriar al doctor Augusto César Belluscio, entonces ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por haberse referido a éste como “asqueroso” en un artículo que el periodista publicó el 6 de marzo de 1988 en el diario *Página 12*, titulado “Cicatrices de dos Guerras”.

En el ámbito de la Comisión, se comenzó a bosquejar un esquema inicial de solución amistosa, cuyas pautas centrales por entonces eran:

§ El reclamante solicitaba que el Estado argentino se comprometiera a obtener la derogación del art. 244 del Código Penal, es decir la figura penal del desacato; además,

¹⁰¹ FLORES, Oscar (2007), “Ejercicio del derecho a la información respecto de menores vinculados a causas judiciales”, Buenos Aires, *La Ley*, T° 2007-F, p. 458.

¹⁰² *Ibid.*, p. 459.

requería que, una vez sancionada la nueva ley derogatoria de la figura penal del desacato, se aplicara la misma al caso que lo afectaba, con la finalidad de revocar la sentencia y cancelar todos sus efectos de acuerdo con el art. 2 del Código Penal; e impetraba la justa reparación de los daños y perjuicios sufridos a causa de las acciones judiciales, haciendo renuncia expresa a toda indemnización por concepto de daño moral; y

§ las partes pretendían que en oportunidad de redactar el informe al que se refiere el art. 49 de la CADH, la Comisión se pronunciara sobre la compatibilidad o incompatibilidad con tal Convención de la figura penal de desacato, tal como se la contemplaba en el Código Penal argentino, incluyendo opinión acerca de si los Estados Partes en ese instrumento debían compatibilizar su legislación interna, conforme el art. 2 de tal Pacto.

Formalizado el respectivo acuerdo, la Comisión consideró cumplidos los puntos previstos en el mismo y estimó que podía concluirse la cuestión con una solución amistosa pues:

§ la Comisión había intervenido en función de lo dispuesto en el art. 48.1.f. de la CADH;

§ la figura de desacato fue derogada en Argentina por la Ley 24.198 (publicada el 3 de junio de 1993);

§ se revocó la sentencia en contra del Sr. Verbitsky, cancelándose todos sus efectos; y

§ a mérito de la expresa renuncia efectuada por este último, la restitución por costas que inicialmente se pedía no sería requerida.

Por lo demás, y de acuerdo con el art. 49 de la CADH, la Comisión analizó el contenido de dicha solución amistosa para asegurar su coherencia con la misma, concluyendo que la derogación de la figura de desacato, en el contexto del caso, implicaba la conformidad del derecho argentino con la Convención ya que eliminaba una base legal para la restricción gubernamental del derecho de libre expresión consagrado en dicho Pacto.

Finalmente, debe expresarse que en el Informe N° 22/94, Caso 11.012, Argentina, solución amistosa, de 20 de septiembre de 1994, la Comisión dio por culminado tal proceso de resolución amistosa y reconoció que el mismo había concluido a entera satisfacción de las partes y de la Comisión, habiéndose dado cumplimiento a los arts. 48.b. y 49 de la CADH y 48 del Reglamento de la Comisión.

B) *El caso "Bonafini, Hebe María Pastor s/ injurias"*. Para comprobar que la cuestión de la derogación del desacato no quedó sólo en el marco teórico sino que tuvo aplicación concreta (princiando con el propio "Caso Verbitsky", como acabamos de ver), aludiremos sumariamente a la causa anunciada en el epígrafe, para visualizar cómo aquella abrogación operó en la práctica generando varias vicisitudes en las ins-

tancias de mérito, que en definitiva constituyen la parte más jugosa para el análisis pues se produjeron marchas y contramarchas a causa de la derogación del delito de desacato, ya que la Corte Federal se limitó a declarar prescripta la acción.

Cabe recordar que la causa se inició mediante la querrela instaurada el 11 de abril de 1991 por la posible comisión del delito de desacato, configurado por las expresiones vertidas por María Hebe Pastor de Bonafini en una entrevista periodística que fue transmitida por Telemadrid el 21 de enero de 1991, en la cual habría vertido conceptos presuntamente lesivos para la dignidad y el decoro del ex Presidente argentino Carlos Saúl Menem.

Con motivo de la derogación del delito de desacato, el apoderado del querellante solicitó que la acusación fuese por el delito de injurias; petición que fue rechazada por el juez de primera instancia, quien sobreseyó a la imputada en orden al delito por el que inicialmente había sido acusada.

A su tiempo, la alzada revocó dicha decisión y dispuso que el juez de grado prosegua el trámite del proceso bajo las reglas de los juicios especiales –calumnias e injurias–; ante lo cual, al replicar el traslado de la acusación, la querellada planteó la excepción de falta de jurisdicción que fue rechazada en primera instancia.

Durante el trámite del recurso de apelación la alzada hizo lugar a un planteo de prescripción de la acción penal introducido por la defensa al expresar agravios; decisión que fue revocada por la Corte Suprema mediante la sentencia de 26 de agosto de 2003.

Fue así como, radicado el expediente ante la Sala IIª de la Cámara Federal, dicho tribunal resolvió anular todo lo actuado a partir de la decisión que había dispuesto proseguir el trámite de la causa bajo las reglas previstas para los juicios especiales, con fundamento en que se había configurado una violación a la garantía constitucional contra la doble persecución penal y, además, sobreseyó definitivamente en la causa a la querellada. Contra tal decisión, el apoderado del querellante Carlos Saúl Menem interpuso el recurso extraordinario, que fue concedido.

Finalmente, en resolución emitida por mayoría el 10 de abril de 2007¹⁰³ y, como anunciábamos, el Alto Tribunal zanjó la cuestión declarando extinguida por prescripción la acción penal pues consideró que había transcurrido el plazo del art. 62 del Código Penal (dos años) y que no habían mediado causales de suspensión o interrupción que establece el art. 67, 4º párr., del Código Penal, según la reforma introducida por la Ley 25.990.¹⁰⁴

¹⁰³ Causa B.1126.XL.

Los alineamientos en el Tribunal fueron los siguientes: la mayoría quedó articulada con los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni. Concurrentemente se expidieron los ministros Fayt, Petracchi y Argibay.

¹⁰⁴ Publicada el 11 de enero de 2005.

V. A MODO DE EXCURSUS

1. Advertencia previa

Aun cuando no conectado específicamente con el tema central de este ensayo, consideramos ineludible efectuar siquiera una breve aproximación a ciertas cuestiones de gran importancia y actualidad directamente vinculadas con la libertad de expresión en nuestro país.

En ese sentido, abordaremos un fallo reciente de la Corte Suprema que ostenta importancia angular en cuanto a la percepción que el Máximo Tribunal exhibe actualmente respecto de la libertad de expresión y una de sus facetas sustanciales: el manejo que el Estado debe hacer de la pauta publicitaria oficial; y realizaremos alguna referencia a otros asuntos puntuales y conflictivos: en primer lugar, la omisión de dictado de una ley general de acceso a la información pública; en segundo lugar, la importancia de debatir profunda y seriamente el contenido de una nueva Ley de Radiodifusión para evitar intentos meramente gatopardistas; y, por último, llamaremos la atención acerca de algunas actitudes de intolerancia contra la prensa por parte del gobierno nacional y sobre la reciente iniciativa de reimpulsar el Observatorio de Medios contra la Discriminación.

2. La Corte Suprema y un fallo institucional que marcó límites al manejo discrecional de la publicidad del Estado como instrumento de presión a la prensa

El precedente en cuestión es “Editorial Río Negro S.A. c/ Provincia del Neuquén s/ acción de amparo”,¹⁰⁵ de 5 de septiembre de 2007. Sin duda ostenta gran magnitud institucional y, aunque no se refirió expresamente al Estado Nacional sino a uno Provincial, fijó una posición jurisdiccional que claramente tiene efectos exógenos.

Fue resuelto en competencia originaria de la Corte Suprema para preservar la libertad de expresión, reiterar su enorme trascendencia en una nación democrática y republicana y penetrar en el sensible tema del manejo de la publicidad oficial por el Estado. De hecho, el decisorio le valió al Alto Tribunal obtener el “Gran Premio Chapultepec”, la máxima distinción internacional en materia de libertad de prensa, que entrega anualmente la Sociedad Interamericana de Prensa (S.I.P.).¹⁰⁶

¹⁰⁵ Causa ‘E.1.XXXIX’.

¹⁰⁶ Debe recordarse que el “Gran Premio Chapultepec” fue creado por la S.I.P. para reconocer los esfuerzos individuales o de entidades no necesariamente vinculados con los medios de prensa, por su contribución a la promoción, el desarrollo, la consolidación y la defensa de los principios de la libertad de prensa contenidos en la Declaración de Chapultepec, adoptada por la Conferencia Hemisférica sobre Libertad de Expresión celebrada en México, D.F., el 11 de marzo de 1994.

La demanda (acción de amparo) se sustentaba en la disminución y posterior cesación de publicidad oficial en el Diario Río Negro por parte del gobierno de la Provincia del Neuquén. La accionante atribuía tal actitud gubernamental (catalogada de “discriminatoria”) a que en diciembre de 2002 el diario difundió la denuncia que el día 7 de ese mes y ese año un diputado de dicha provincia había efectuado en el sentido de que el vicepresidente primero de la Legislatura local le habría ofrecido un crédito por \$ 640.000 de una entidad local a fin de que diera quórum para permitir el tratamiento de las ternas propuestas por el gobernador para cubrir las vacantes judiciales que existían en el Superior Tribunal de Justicia local “con abogados de su confianza”.

En este breve repaso no podemos ahondar en la cuestión, por lo que simplemente bosquejaremos de manera esquemática algunos puntos que hacen al patrón elaborado por la mayoría¹⁰⁷ del Tribunal (consid. 11), que concluyó que: a) medió supresión y reducción sustancial de la publicidad oficial al diario demandante; b) no hubo motivos razonables para ello, dejándose sentado que la existencia de los mismos debe ser probada por el Estado; c) se configuró un ejercicio irrazonable de facultades discrecionales; y d) si bien no puede afirmarse la existencia de un derecho de los medios a recibir una determinada cantidad de publicidad oficial, sí existe un derecho contra la asignación arbitraria o la violación indirecta de la libertad de prensa por medios económicos.

Con relación a esto último, la Corte argumentó que el Estado puede dar o no dar publicidad oficial, pero si decide hacerlo debe cumplir dos requisitos constitucionales: a) no puede manipularla, dándola y retirándola a algunos medios sobre la base de criterios discriminatorios; y b) no puede utilizarla como un modo indirecto de afectar la libertad de expresión (id. consid.).

Por lo demás, confirmó que es un deber de los tribunales proteger los medios para que exista un debate plural sobre los asuntos públicos, lo que constituye un presupuesto esencial para el gobierno democrático (consid. 10 de la moción mayoritaria). Asimismo, se remitió a ciertas pautas sentadas por la Corte IDH en la OC-5/85 sobre “La colegiación obligatoria de periodistas”¹⁰⁸ y en las sentencias recaídas en los casos “La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile”,¹⁰⁹ “Ivcher Bronstein vs. Perú”¹¹⁰ y “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”,¹¹¹ para concluir reafirmando que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y otra social, y que dicha libertad requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno (id. consid.).

¹⁰⁷ Conformaron la mayoría los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco y Zaffaroni; votando concurrentemente con ellos el ministro Fayt. Por su parte, las disidencias correspondieron en forma individual al doctor Maqueda y conjunta a los ministros Petracchi y Argibay.

¹⁰⁸ Corte IDH, OC-5/85, cit. párr. 69.

¹⁰⁹ Cit., párr. 65.

¹¹⁰ Cit., párr. 149.

¹¹¹ Cit., párr. 108.

En síntesis, admitió la demanda condenando a la Provincia del Neuquén a que las futuras publicaciones sean adjudicadas con un criterio compatible con las razones expuestas; no obstante lo cual, entendió que las modalidades de ejecución deberían diferir necesariamente de las usuales, por lo que en función de tales condiciones, requirió a la demandada la presentación en un plazo de treinta días de un esquema de distribución de publicidad, respetuoso de los términos y principios que informan la decisión que el Tribunal adoptó.

3. De ciertas asignaturas pendientes y cuestiones conflictivas

Como todo debe ser dicho, cabe observar que en materia de libertad de expresión e información subsisten en nuestro país algunas asignaturas pendientes y ciertas actitudes gubernamentales polémicas, que procuraremos describir esquemáticamente en las líneas que siguen.

A) *Sobre la frustrada sanción de la ley de acceso a la información pública.* En este ámbito, se impone superar debates estériles y, si existe verdadera voluntad política, debe finalmente dictarse una ley de acceso a la información pública (existen actualmente varios proyectos circulando en el Congreso de la Nación) en la que el ciudadano no quede entrapado en la obligación de demostrar un interés directo para su obtención o una afectación personal para pretender tal acceso informativo ni deba abonar arancelamiento alguno, además de que las excepciones al ejercicio de tal derecho (por ejemplo frente a información clasificada como secreta, reservada o confidencial) deben ser razonables, de interpretación restrictiva, estar taxativamente descritas y responder sólo a las razones permitidas por la CADH; tópicos que han venido obstaculizando la sanción de la norma.

No es ésta la ocasión propicia para explayarnos sobre el punto, pero es imperioso recordar al menos que la propia Corte IDH ha determinado sin ambages en el “Caso Claude Reyes y otros vs. Chile”,¹¹² que el art. 13 de la Convención, “al estipular expresamente los derechos a ‘buscar’ y a ‘recibir’ ‘informaciones’, *protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto...*” (énfasis añadido).

Por lo demás, tampoco cabe perder de vista que el Estado debe cumplir las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos y libertades consagrados en la

¹¹² Corte IDH, “Caso Claude Reyes y otros vs. Chile”, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 19 de septiembre de 2006, Serie C, N° 151, párr. 77.

CADH y de adoptar disposiciones de derecho interno establecidas en los arts. 1.1 y 2 de dicho instrumento internacional.

B) *La discusión sobre la necesidad de implementar una nueva Ley de Radiodifusión.* Con mayor o menor intensidad, frecuentemente reaparece en las discusiones sobre los medios de comunicación la necesidad de debatir y sancionar una nueva Ley de Radiodifusión. Incluso, es muy común escuchar o leer que tal omisión representa una “deuda de la democracia”.

Sucede que la normativa vigente, que –aunque con modificaciones– en realidad tiene más de 28 años, fue dictada durante la última dictadura militar, concretamente bajo la gestión de Jorge Rafael Videla. Se trata de la Ley 22.285, promulgada el 15 de septiembre de 1980 y publicada el 19 de septiembre del mismo año.

Uno de los principales reclamos es que la nueva preceptiva por sancionarse efectivamente garantice el pluralismo informativo y cultural.

Incluso, durante la actual gestión de la Presidenta Cristina Fernández de Kirchner, en abril de 2008 se ha verbalizado su voluntad de “avanzar sobre una nueva ley para desconcentrar el mercado”, lo que según una nota periodística significaría *desconcentrar la concentración de medios* que el ex Presidente Néstor Kirchner consolidó durante su gestión, al prorrogar las licencias a todos los canales abiertos y radios del país, y aprobar la fusión en el mercado de la televisión por cable.¹¹³

Sea como fuere, no todos los sectores interesados se muestran de acuerdo en la implementación de la nueva normativa y tampoco coinciden en el contenido y los alcances que la misma, de sancionarse, debería tener. Incluso, algunos desconfían de la intencionalidad oficial que podría esconderse tras el reciente relanzamiento del anuncio del debate sobre el tema, advirtiendo que sería “bueno que la ley de radiodifusión sea analizada abierta y profundamente, para descartar cualquier intencionalidad política detrás de este debate, instalado curiosamente por el gobierno en su peor momento de credibilidad ante la opinión pública y en medio de una ríspida discusión con algunos medios de prensa, a cuyos responsables la Presidenta de la Nación acusó no hace mucho de golpistas, pretendiendo equiparar el derecho a disentir con operativos desestabilizadores”.¹¹⁴

Naturalmente, el debate sigue abierto y los perfiles de la nueva legislación deben ser debatidos seriamente y profundamente, y elevarse por sobre meros intereses sectoriales o coyunturales. En cualquier caso, por el bien de todos y como se trata de una cuestión

¹¹³ Cfr. REINOSO, Susana, y DI LÁZARO, Alejandro, “La madre de todas las batallas es una nueva ley de radiodifusión”, Entrevista con el interventor en el COMFER, *La Nación*, Buenos Aires, 13 de abril de 2008 (publicado en edición impresa, sección Cultura, p. 1 y consultado para este trabajo en www.lanacion.com).

¹¹⁴ Cfr. “La futura ley de radiodifusión”, *La Nación*, Buenos Aires, 3 de mayo de 2008 (publicado en edición impresa, Opinión, p. 30, y consultado para este ensayo en www.lanacion.com).

de alta sensibilidad en tanto involucra el despliegue de derechos humanos y la pervivencia saludable de una sociedad democrática, debe evitarse cualquier tendencia gatopardista, que cambie todo para que todo continúe igual.

A su turno, en lo tocante a la labor de la Corte Suprema de Justicia, merece resaltarse el fallo dictado *in re* “Asociación Mutual Carlos Mujica c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional - Comité Federal de Radiodifusión [COMFER]) s/ amparo”,¹¹⁵ de 1 de septiembre de 2003. Condensadamente, y en cuanto a lo que aquí interesa, por mayoría¹¹⁶ declaró la inconstitucionalidad del entonces vigente art. 45 de la Ley 22.285 y las normas dictadas en su consecuencia, en cuanto impedían que la demandante (titular de la radio “La Ranchada” de la Ciudad de Córdoba) participara en concursos para la obtención de una licencia por no constituirse en una sociedad comercial, resultaban violatorias de los arts. 14, 16, 28 y 75, inc. 23, de la C.N. (libertad de expresión, derechos de asociarse y de ejercer industria lícita, y principio de igualdad) y del art. 13 de la CADH (libertad de expresión) [cfr. consid. 18]. El punto en discusión consistía precisamente en determinar si resultaba compatible con la Constitución y la CADH el marco normativo que imponía necesariamente, para poder concursar a fin de ser prestadora legalmente autorizada de una estación de radiodifusión sonora con modulación de frecuencia, ser persona física o sociedad comercial, legalmente constituida, lo que excluía a las sociedades civiles, cooperativas y asociaciones mutuales sin fines de lucro (consider. 7°).¹¹⁷

Es de destacar que posteriormente el Congreso de la Nación dictó la Ley 26.053,¹¹⁸ cuyo art. 1 sustituyó aquel polémico texto del art. 45 de la Ley 22.285, estableciendo (luego de pautar que las licencias se adjudicarán a una persona física o jurídica regularmente constituida en el país y que, cuando el solicitante sea una persona jurídica en formación, la adjudicación de la licencia se condicionará a su constitución regular), que “[l]as personas físicas, las personas jurídicas en lo pertinente, los integrantes de los órganos de administración y fiscalización de las personas jurídicas no comerciales o sin fines de lucro, y las personas físicas en cuanto integrantes de las personas jurídicas comerciales, deberán reunir al momento de su presentación al proceso de adjudicación de la licencia y mantener durante su vigencia” los requisitos que la cláusula en cuestión se encarga de individualizar.

C) De ciertas actitudes de intolerancia hacia la prensa y de las opiniones divididas que generó el relanzamiento del Observatorio de Medios contra la Discriminación.

¹¹⁵ Fallos, 326:3142.

¹¹⁶ La posición triunfante fue sostenida por los ministros Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano, López, Vázquez y Maqueda; mientras que la solitaria disidencia correspondió al doctor Moliné O'Connor.

¹¹⁷ Con remisión a los argumentos de “Asociación Mutual Carlos Mujica”, el 8 de septiembre de 2003 el Alto Tribunal se expidió de la misma manera en “Cooperativa de Servicios Públicos y Sociales de Villa Santa Rosa c/ Estado Nacional s/ Acción declarativa de certeza”.

¹¹⁸ Publicada el 15 de septiembre de 2005.

El grave conflicto que azotó al país fundamentalmente en marzo del año en curso por el reclamo de los productores ante la imposición de “retenciones”¹¹⁹ móviles a las ganancias por exportaciones agropecuarias (que amenaza generar nuevos capítulos de la confrontación) y el manejo informativo que del mismo hicieron algunos medios de comunicación, provocaron cuestionamientos y otras actitudes teñidas de intolerancia por parte del gobierno hacia aquéllos.

Incluso llevaron a una reacción descomedida y desproporcionada de la señora Presidenta de la Nación hacia una emblemática figura, Hermenegildo Sábat (artista plástico, periodista y gran exponente del caricaturismo político), quien había realizado una ilustración de aquella que no pareciera suponer un “mensaje cuasimafioso” como lo catalogó la Primera Mandataria,¹²⁰ sino en todo caso, y como deslizo Jacquelin, “sólo le estaba dando un buen consejo” al ser sin duda “uno de los más fieles intérpretes de los sentimientos de la sociedad argentina”¹²¹ o, como estimó el dibujante Nik –quien consideró que la Presidenta había caído en un error de interpretación–: “El sentido del dibujo de Sábat, en el que aparecía el rostro de Cristina con una venda en la boca y el perfil de Néstor Kirchner al costado, no es que ella deba callar, sino que cuando ella habla, en realidad, habla su marido”.¹²²

En rigor, sólo quedó al desnudo la reiteración de algunas conductas para con ciertos sectores de la prensa que ya se habían configurado durante la presidencia de Néstor Kirchner, quien no disimulaba su disgusto y exteriorizaba su intolerancia hacia los medios de comunicación y periodistas que criticaban su gestión de gobierno.¹²³

¹¹⁹ Para algunos autores la denominación “retenciones” es impropia, pues en realidad son un derecho de exportación *ad valorem* al aplicar una alícuota proporcional al denominado “valor imponible” de la exportación definitiva de la mercadería (cfr. SAENZ VALIENTE, Santiago A., en Lascano, Marcelo R. [director], “Retenciones a las exportaciones de productos primarios y sus derivados”, *La Ley. Suplemento especial 'Retenciones a las exportaciones'*, Buenos Aires, abril de 2008, p. 81).

¹²⁰ Compulsar, v. gr., “Cristina se enojó con un dibujo de Sábat”, *Clarín*, Buenos Aires, 2 de abril de 2008 (artículo consultado en www.clarin.com/diario/2008/04/02/elpais/p-1641954.htm). La nota comienza de la siguiente manera: “La presidenta Cristina Kirchner volvió a cuestionar a la prensa en su discurso de ayer en Plaza de Mayo y, concretamente, le apuntó a una ilustración del periodista y artista plástico Hermenegildo Sábat que Clarín publicó en su edición de ayer. Cristina calificó el dibujo de Sábat de ‘mensaje cuasimafioso’» (énfasis agregado).

¹²¹ JACQUELIN, Claudio A., “Un tribunal disfrazado de observatorio”, *La Nación*, suplemento ‘Enfoques’, Buenos Aires, 13 de abril de 2008, p. 2.

¹²² Cfr. “Unánime rechazo a las críticas de la Presidenta a Sábat”, *La Nación*, Buenos Aires, 3 de abril de 2008 (nota consultada en www.lanacion.com.ar/politica/nota.asp?nota_id=1000908).

¹²³ Ver por ejemplo, la declaración de ADEPA, de 2 de octubre de 2006, en la que –entre otros puntos– “pide prudencia al presidente de la Nación” ante hechos que “lastiman el libre ejercicio del periodismo en la Argentina. El señalamiento público del periodista Joaquín Morales Solá por parte del presidente de la Nación, Dr. Néstor Kirchner, así como la errónea atribución a su persona de un texto periodístico supuestamente escrito en 1978, son (...) acciones que se alejan de los buenos hábitos de tolerancia y disenso civilizado que caracterizan a las democracias modernas” (ver su texto en www.adepa.org.ar/libertaddeprensa/dcl-02-10-06.asp).

Pese a los episodios friccionales entre gobierno y prensa (cuestionables porque denotan una “crispación” oficial inconsistente con la importancia del rol de la prensa en la sociedad democrática), no sería justo llegar a un diagnóstico situacional que lleve a pensar que en nuestro país no está garantizada la libertad de expresión. Ésta existe, está asegurada y la Corte Suprema da señales de estar consustanciada con la misión de resguardarla, lo que no impide denunciar las vicisitudes y avatares que –como los anunciados– en ocasiones enturbian su ejercicio.

Antes de dar paso a las apreciaciones finales de este trabajo, puede todavía colacionarse otro elemento que generó polémica en la prensa. Se trata del reciente relanzamiento del Observatorio de Discriminación en los Medios,¹²⁴ que componen el Instituto contra la Discriminación y la Xenofobia (INADI), el Consejo de la Mujer y el COMFER, que en su momento fue creado por decreto en el marco del Plan Nacional contra la Discriminación. La Presidenta de la Nación se reunió a comienzos de abril con las autoridades de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (UBA), quienes le presentaron un informe sobre ciertas expresiones discriminatorias que se lanzaron desde algunos medios de comunicación durante el aludido conflicto con el campo. En ese encuentro, instruyó a los organismos que integran dicho Observatorio para que sumen al mismo a las facultades de ciencias sociales de las universidades nacionales “para construir un relato de los hechos que garantice la pluralidad de opiniones”.

Las opiniones en torno al Observatorio están divididas. Para algunos puede resultar un organismo destinado a mejorar la comunicación.¹²⁵ Para otros, no es así. Basta para constatarlo leer la solicitada –titulada “El rol de los medios”– que el 8 de abril del corriente año publicó en los diarios del país la Asociación de Entidades Periodísticas Argentinas (ADEPA), en la que sostuvo que al reflotar el Observatorio el gobierno nacional pretende “enmascarar su objetivo de controlar al periodismo para adocencarlo”.¹²⁶

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Como es de suponer, las anotaciones precedentes no agotan todos los aspectos de la delicada cuestión en torno a la cual gira el presente trabajo. Como fuera, del itinerario panorámico emprendido puede extraerse el siguiente esquema de observaciones finales, que vienen a añadirse a apreciaciones conclusivas ya intercaladas en otros tramos de esta contribución:

¹²⁴ Ver por ejemplo, además de la solicitada de ADEPA a la que se hará referencia en el texto, Jacquelin, Claudio A., *ídem*.

¹²⁵ Ver la referencia al tema en el comentario de SCHETTINI, Adriana, “Desbrozar el universo mediático”, en *Revista Noticias de la semana*, Perfil, Buenos Aires, 10 de mayo de 2008, p. 22.

¹²⁶ Al respecto puede compulsarse, v.gr., “ADEPA: ‘El Gobierno quiere controlar al periodismo’”, Buenos Aires, 8 de abril de 2008 (nota consultada en www.perfil.com/contenidos/2008/04/08/noticia_0001.html).

1. Sin libertad de expresión, información y/o prensa no hay libertad posible; empero, la exigencia de responsabilidad está unida a aquel presupuesto básico de libertad. La prédica se entiende a partir de concebir a la responsabilidad como la contracara de tales libertades, tornándose aquélla operativa por la propia repercusión pública que la información genera.¹²⁷

2. Es insoslayable tomar en consideración la doble dimensión de la libertad de expresión: individual y social, como postula la Corte IDH; dimensiones que adquieren igual importancia y deben ser garantizadas plenamente en forma simultánea para dar efectividad al derecho consagrado en el art. 13 de la CADH.

3. Nada se descubre al recordar que existe íntima vinculación entre las libertades de expresión e información y la democracia, pues aquéllas asumen sustancial importancia para la efectiva existencia de una sociedad democrática y para la configuración y saludable vigencia de una opinión pública abierta, tolerante y pluralista, debiendo evitarse o combatirse cualquier tipo de censura previa o de interferencia o presión directa o indirecta que las afecte.

4. En la doctrina de la Corte Suprema las interferencias y tensiones entre la libertad de información, por una parte, y los derechos a la honra y la vida privada, de otra, no pueden ser resueltas *a priori* e *in abstracto*, desechando por ende cualquier solución que suponga de antemano un orden prelativo entre ellos.

En consecuencia, en este territorio tensional gana en utilidad la técnica de la ponderación, asociada al juicio de razonabilidad y particularmente al principio de proporcionalidad, como herramienta apropiada para formular un “enunciado de preferencia condicionada”¹²⁸ que brinde una jerarquía axiológica móvil, útil para el caso concreto pero que no impide una respuesta diferente en otro supuesto.

5. El Máximo Tribunal argentino ha venido perfilando algunos estándares que demarcan la trayectoria de su percepción sobre el tema central de este ensayo, como el trazado primigeniamente en “Ponzetti de Balbín” para fijar los límites de la libertad de información en relación directa con el derecho a la privacidad o intimidad.

Y, paralelamente, ha moldeado o adaptado algunas “doctrinas constitucionales” como las *pautas de “Campillay”* que, no sin afinamientos ulteriores, han dado cuerpo a una regla de exclusión de responsabilidad del medio de prensa cumplidas ciertas premisas; o ha aplicado la *malicia real* a los procesos civiles y penales como reflejo de la existencia de una menor cobertura protectiva de los funcionarios públicos frente a la prensa o de la

¹²⁷ Cfr. BEL MALLÉN, Ignacio; CORREDOIRA y ALFONSO, Loreto, y COUSIDO, Pilar, *Derecho de la información*, T° I, Colex, Madrid, 1992, p. 201.

¹²⁸ PRIETO SANCHÍS, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, *op. cit. (Neoconstitucionalismo[s])*, p. 142.

sujeción de éstos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad (incluso empalmado tal estándar con los postulados de “Campillay”), tema el de la *actual malice* que excede el de una mera discusión sobre los cánones de la responsabilidad.¹²⁹

6. Puede afirmarse que la Corte Suprema satisface en líneas generales los requerimientos internacionales sobre la interacción de la libertad de información y los derechos a la honra y la vida privada.

Así, por ejemplo, y además de lo precedentemente referido, debe computarse: a) que es doctrina judicial recibida que el eventual abuso de la libertad de expresión no es susceptible de control preventivo (censura previa) sino de responsabilidades ulteriores y que los remedios reparadores son los previstos en la ley común civil y penal, y deben ser los estrictamente necesarios para asegurar una “adecuada medida de protección” a los otros derechos en tensión; b) que sigue de cerca las opiniones consultivas y las sentencias de la Corte IDH vinculadas al tema y, bien que en un caso no relativo a la libertad de expresión o información pero con fuerza genérica, ha internalizado en “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”¹³⁰ la obligación estatuida por el Tribunal Interamericano en el “Caso Almonacid Arellano”¹³¹ que puso en cabeza de los poderes judiciales de los Estados la obligación de llevar adelante el ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH, debiendo tenerse en cuenta en tal faena no solamente la literalidad de dicho instrumento internacional sino la interpretación que del mismo ha llevado adelante el citado tribunal interamericano en su papel de intérprete último y final;¹³² y c) que en casos en que media una prohibición legal de difusión de noticias relativas a menores (por ejemplo, los nombres de los vinculados a causas judiciales), la doctrina constitucional surgente de “Campillay” es inaplicable,

¹²⁹ Como *mutatis mutandi* advierten BIANCHI, Enrique T., y GULLCO, Hernán V., *op. cit.*, p. 842.

¹³⁰ Causa ‘M.2333.XLII y otros’, de 13 de julio de 2007.

Los alineamientos fueron: por la mayoría votaron los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; en disidencia se expidió el ministro Fayt y en disidencia parcial lo hizo la doctora Argibay.

¹³¹ Corte IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154, San José de Costa Rica.

¹³² En efecto, en el consid. 21 de la moción mayoritaria, y exhibiendo gran permeabilidad hacia los pronunciamientos de la Corte IDH, cita el criterio que en los siguientes términos ésta expusiera en el caso “Almonacid Arellano”: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, *el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*” –remarcado añadido– (párr. 124).

con lo cual la ponderación se decanta a favor de la pauta de aseguramiento del “interés superior del menor” –consagrada en la Convención Internacional de los Derechos del Niño– por encima de la mínima interferencia que pudiera generarle a la libertad de prensa la proscripción de identificarlos.

7. En conexión con lo antedicho, en la percepción que mantiene la Corte Suprema, el derecho de buscar, dar, recibir y difundir información e ideas de toda índole tiene un lugar “eminente” aunque no elimina la responsabilidad ante la justicia por los delitos y daños cometidos en su ejercicio, ya que el constituyente “no tuvo el propósito de asegurar la impunidad de la prensa”. Sea como fuere, creemos que vale intercalar a sus efectos que la Corte IDH ha señalado que “el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita” ante el ejercicio abusivo de la libertad de pensamiento y de expresión.¹³³

Con todo, la Corte Nacional ha advertido que los remedios reparadores son los establecidos normativamente y deben ser los estrictamente necesarios para asegurar una “adecuada medida de protección” a los otros derechos en tensión, ya que “la ligereza en la ponderación de los presupuestos de la responsabilidad conspiraría contra la formación de una prensa vigorosa –en razón de la fuerza paralizadora y disuasiva de la obligación de resarcir– y ello entorpecería el desenvolvimiento de la función esencial de control de la cosa pública que lleva a cabo la prensa en una república”.¹³⁴

8. De su lado, es también laudable que el Tribunal ya desde hace mucho tiempo (en el caso “Ekmekdjian c. Sofovich”, de 1992) haya operativizado directamente (y precisado en fallos posteriores) el derecho de rectificación o respuesta contenido en una fuente internacional (la CADH) aun ante la inexistencia de una ley que lo vehiculase endógenamente.

En la citada sentencia, la mayoría de la Corte argentina dejó en claro que “en el análisis valorativo del denominado ‘derecho de respuesta’, no sólo se encuentra en juego la tutela de la libertad de expresión o el derecho de imprimir sin censura previa, sino también la adecuada protección de la dignidad, la honra, los sentimientos y la intimidad del común de los hombres y por consiguiente la garantía jurisdiccional para el sostenimiento de estos valores de la personalidad...”.¹³⁵ Asimismo, en “Petric Domagoj” ha sostenido, siguiendo al Tribunal Constitucional español, que además de su primordial virtualidad de defensa de los derechos o intereses del rectificante, supone un complemento a la garantía de la opinión pública libre ya que el acceso a una versión diferente de los hechos publicados favorece, más que perjudica, el interés colectivo en la búsqueda y recepción de la verdad que aquel derecho fundamental protege.¹³⁶

¹³³ V.gr., “Caso Ricardo Canese”, sentencia de 31 de agosto de 2004, cit., párr. 104 y “Caso Palamara Iribarne vs. Chile”, sentencia de 22 de noviembre de 2005, cit., párr. 79.

¹³⁴ Fallos, 319:3085, voto de los doctores Belluscio y López (consids. 5º y 6º).

¹³⁵ Consid. 10 de la posición mayoritaria.

¹³⁶ Consid. 12 de la mayoría.

9. Sin olvidar significativos avances en nuestro país, como pueden ser la derogación –hace ya bastante tiempo– del delito de desacato a tono con el compromiso asumido ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o el reciente fallo de la Corte Suprema en el caso “Editorial Río Negro S.A.” de gran importancia institucional y de valiosa significación al animarse a ingresar al sensible tema del manejo de la publicidad oficial por el Estado; debe recordarse que –aun cuando no conectados específicamente con el tema central de este ensayo– quedan algunas asignaturas pendientes en materia de libertad de expresión en general, por ejemplo: el dictado de una ley general de acceso a la información pública, cuya emisión sigue demorada; la necesidad de debatir seria y profundamente el contenido, los alcances y las aristas de una nueva Ley de Radiodifusión; y la recomendabilidad de que el gobierno nacional medite previamente y actúe con serenidad y prudencia para evitar declaraciones intolerantes o desmedidas hacia ciertos sectores de la prensa.

Y precisamente en torno de este último tópico, *mutatis mutandi*, es esclarecedor el pensamiento de Binder, para quien: “Todo Estado democrático es sustentado por la crítica política; a su vez, todo gobierno se siente amenazado por ella. Bajo este conflicto subyace una de las tensiones fundamentales de la vida política, que traza el límite tras el cual comienza el autoritarismo”.¹³⁷

10. De su lado, es importante que *pari passu* los medios de comunicación tengan en cuenta las siguientes pautas, que se traen aquí a colación como símbolo de la ineludible exigencia deontológica que la hora actual les impone, y que emanan del editorial de una publicación de ADEPA:¹³⁸ “El periodismo ejerce (...) primordialmente, una función social educadora al ser intérprete y seleccionador de la noticia. La comunicación impacta la conducta humana y forma su opinión, por lo que la tarea del periodismo importa una seria responsabilidad social, ya que en ocasiones evita el mal colectivo y en otras puede agravarlo, si induce a su audiencia falazmente al equívoco”.

11. Enlazando los eslabones aquí labrados, cabe concluir afirmando que en nuestra sociedad republicana y democrática, el *fin* (garantizar la libertad de expresión y su canalización a través de la prensa responsable como forma de control de los actos y omisiones del gobierno, e instrumento para el robustecimiento de una opinión pública abierta y pluralista y de respeto por los restantes derechos humanos) *justifica los medios* (de comunicación social).

¹³⁷ BINDER, Alberto, “Ofensas a los gobernantes: crítica política e injusto penal”, *Doctrina Penal*, N° 44, Ed. Depalma, Buenos Aires, pp. 647 y ss.; cit. por Bertoni, Eduardo A., *op. cit.*, p. 3.

¹³⁸ El párrafo figura en el editorial “La función social del periodismo (II)”, *ADEPA - Noticiero de la Prensa Argentina*, N° 164, Buenos Aires, julio de 1997, p. 5.

BIBLIOGRAFÍA

- BADENI, Gregorio (1995), “La regulación de la libertad de prensa: derecho interno, derecho internacional y tecnología”, Buenos Aires, *La Ley. Suplemento especial*, 15 de noviembre de 1995, p. 13.
- BARROSO, Luis Roberto (2003), “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”, en AA.VV., *Visión iberoamericana del tema constitucional*, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo.
- BAZÁN, Víctor (2007), “Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión”, *Revista Derecho del Estado*, N° 20, diciembre, Bogotá, Universidad del Externado, pp. 121/144.
- BAZÁN, Víctor (2005), “El hábeas data y el derecho de autodeterminación informativa en perspectiva de derecho comparado”, en *Estudios Constitucionales. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales de Chile* (Año 3, N° 2), Universidad de Talca, Santiago, Librotecnia, pp. 85/139.
- BAZÁN, Víctor (2001), “El hábeas data y el ejercicio del derecho de autodeterminación informativa dirigido a acceder a archivos, registros o bancos de datos estatales de seguridad y a requerir información sobre personas desaparecidas”, *Revista Argentina de Derechos Humanos* (Año 1, N° 0), CELS - Universidad de Lanús, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, pp. 175/205.
- BAZÁN, Víctor (2000), “El hábeas data y sus peculiaridades frente al amparo”, *Revista de Derecho Procesal [Amparo. Hábeas data. Hábeas corpus - I]*, N° 4, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Edit., pp. 215/268.
- BAZÁN, Víctor (1999), “Del concepto preinformático de la intimidad al derecho de autodeterminación informativa”, en AA.VV., *El cuarto poder. Expresión, información y comunicación social*, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales ‘Ambrosio L. Gioja’, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Ediar, pp. 49/158.
- BAZÁN, Víctor (1998), “El Máximo Tribunal Federal argentino y la aplicación del *standard* de la malicia real”, *Revista Jurídica del Perú* (Año XLVIII, N° 17), Trujillo, octubre/diciembre, pp. 127/145.
- BAZÁN, Víctor (1998), “El fin y los medios. El *standard* de la malicia real en la percepción de la Corte: más interrogantes que certezas”, *El Derecho*, Buenos Aires, 28 de septiembre de 1998, pp. 1/8.
- BEL MALLÉN, Ignacio; CORREDOIRA Y ALFONSO, Loreto, y COUSIDO, Pilar (1992), *Derecho de la información*, T° I, Madrid, Colex, p. 201.
- BERTONI, Eduardo A. (2000), *Libertad de expresión en el Estado de derecho. Doctrina y jurisprudencia nacional, extranjera e internacional*, Buenos Aires, Editores del Puerto, p. 25.
- BIANCHI, Enrique T., y GULLCO, Hernán V. (1994), “La libertad de expresión y algunas doctrinas extranjerizantes”, *Jurisprudencia Argentina*, T° 1994-II, Buenos Aires, pp. 839 y ss.
- BINDER, Alberto, “Ofensas a los gobernantes: crítica política e injusto penal”, *Doctrina Penal* (N° 44), Buenos Aires, Ed. Depalma, pp. 647 y ss.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge (1997), “Nuestro derecho común interno frente a la doctrina jurisprudencial norteamericana de la ‘actual malice’ (A propósito de los casos ‘Morales Solá’ y ‘Gesualdi’)”, Buenos Aires, *La Ley*, T° 1997-A, pp. 936 y ss.

- COLAUTTI, Carlos E. (1992), "Precisiones sobre una tensión permanente", *La Ley*, T° 1992-B, Buenos Aires, p. 366.
- EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO (2004), *La libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal. Su desarrollo actual y sus conflictos*, Lima, Palestra Editores, p. 22.
- FAYT, Carlos S. (2001), *Los derechos humanos y el poder mediático, político y económico. Su mundialización en el Siglo XXI*, Buenos Aires, La Ley, p. 219.
- FIORAVANTI, M. (2001), *Constitución. De la antigüedad a nuestros días [1999]*, trad. de M. Martínez Neira, Madrid, Trotta, p. 163.
- FLORES, Oscar (2007), "Ejercicio del derecho a la información respecto de menores vinculados a causas judiciales", *La Ley*, T° 2007-F, Buenos Aires, pp. 458/459.
- FLORES, Oscar (2006), "Libertad de prensa y derechos personalísimos: criterios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 2006-2 ['Honor, imagen e intimidad'], Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Edit., pp. 310/313 y 320.
- FLORES, Oscar (2004), *Libertad de prensa y derecho a la intimidad de los funcionarios públicos*, Buenos Aires, La Ley, pp. 395 y ss.
- FLORES, Oscar (2001), "La Corte Suprema reafirma la doctrina Campillay", *La Ley*, T° 2001-F, Buenos Aires, p. 235.
- GELLI, María Angélica (1998), "Convergencia de las doctrinas 'Campillay' y de la 'real malicia'", *La Ley*, T° 1998-B, Buenos Aires, pp. 295/300.
- JACQUELIN, Claudio A. (2008), "Un tribunal disfrazado de observatorio", *La Nación*, suplemento 'Enfoques', Buenos Aires, 13 de abril de 2008, p. 2.
- JAÉN VALLEJO, Manuel, *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Colex, Madrid, 1992, pp. 30 y ss.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2006), *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Santiago, Librotecnia, pp. 371/372.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2003), *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., p. 394.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2002), *El derecho a la libertad de opinión e información y sus límites (Honra y vida privada)*, Santiago, LexisNexis, pp. 106/107.
- O'CALLAGHAN, Xavier (1991), *Libertad de expresión y sus límites: honor intimidad e imagen*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado - Editoriales de Derecho Reunidas, 1991, p. 15.
- PIZARRO, Ramón D. (1997), "La doctrina de la real malicia en la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. El caso 'Dora Gesualdi'", *Jurisprudencia Argentina*, 9 de julio de 1997, Buenos Aires, p. 10.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2003), "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en Carbonell, Miguel [editor], *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta - Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 142, 131/132 y 157.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, en Carbonell, Miguel [coordinador] (2002), *Diccionario de derecho constitucional*, México, D.F., Edit. Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México [Instituto de Investigaciones Jurídicas], 2002, p. 420.

- PRIETO SANCHÍS, Luis (2002), *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Serie 'Derechos y Garantías', N° 5, Lima, Palestra Editores, pp. 128/129 y 135/136.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2000), "Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico", *Doxa*, N° 23, Alicante, pp. 178/180.
- REINOSO, Susana, y DI LÁZARO, Alejandro (2008), "La madre de todas las batallas es una nueva ley de radiodifusión", Entrevista con el interventor en el COMFER, *La Nación*, Buenos Aires, 13 de abril de 2008 (edición impresa, sección Cultura, p. 1, consultado en www.lanacion.com).
- SASTRE ARIZA, Santiago (2003), "La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo", en Carbonell, Miguel [editor], *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta - Universidad Nacional Autónoma de México, p. 239.
- SCHETTINI, Adriana (2008), "Desbrozar el universo mediático", en Revista *Noticias de la semana*, Buenos Aires, Perfil, 10 de mayo de 2008, p. 22.
- VERBITSKY, Horacio (1997), *Un mundo sin periodistas*, Buenos Aires, Planeta - Espejo de la Argentina, pp. 190/191.