





**DOCTRINA DE  
LA REAL MALICIA**



**GREGORIO BADENI**

**DOCTRINA DE  
LA REAL MALICIA**



**ACADEMIA NACIONAL DE PERIODISMO**

Buenos Aires

2005

Badeni, Gregorio  
Doctrina de la Real Malicia  
1a ed. - Buenos Aires: Academia Nacional de Periodismo, 2005.  
184 p. 23x16 cm.

ISBN 987-1107-09-9

1. Periodismo I. Título  
CDD 070

**Corrección:** KARINA GAROFALO

Impresora: Editorial Dunken - Ayacucho 357 (C1025AAG)

Capital Federal

Tel./fax: 4954-7700 / 4954-7300

E-mail: [info@dunken.com.ar](mailto:info@dunken.com.ar)

Página web: [www.dunken.com.ar](http://www.dunken.com.ar)

Hecho el depósito que prevé la ley 11.723

Impreso en la Argentina

© 2005 Gregorio Badeni

ISBN 987-1107-09-9

# Academia Nacional de Periodismo

## *Miembros de número*

MARTÍN ALLICA	BERNARDO EZEQUIEL KOREMBLIT
ARMANDO ALONSO PIÑEIRO	LAURO F. LAÍÑO
NORA BÄR	JOSÉ IGNACIO LÓPEZ
ULISES BARRERA	FÉLIX LUNA
RAFAEL BRAUN	ENRIQUE J. MACEIRA
NAPOLEÓN CABRERA	ROBERTO MAIDANA
CORA CANÉ	ENRIQUE M. MAYOCHI
NELSON CASTRO	JOAQUÍN MORALES SOLÁ
JUAN CARLOS COLOMBRES	ALBERTO J. MUNIN
JORGE CRUZ	ENRIQUETA MUÑIZ
DANIEL ALBERTO DESSEIN	ENRIQUE OLIVA
JOSÉ CLAUDIO ESCRIBANO	LEANDRO PITA ROMERO
FERMÍN FÈVRE	ANTONIO REQUENI
ROBERTO A. GARCÍA	FERNANDO SÁNCHEZ ZINNY
OSVALDO E. GRANADOS	ERNESTO SHOO
MARIANO GRONDONA	RAÚL URTIZBEREA
ROBERTO PABLO GUARESCHI	BARTOLOMÉ DE VEDIA
JORGE HALPERÍN	

## *Miembros eméritos*

JOSÉ MARÍA CASTIÑEIRA DE DIOS

## *Miembros correspondientes en la Argentina*

EFRAÍN U. BISCHOFF (CÓRDOBA)  
LUIS F. ETCHEVEHERE (ENTRE RÍOS)  
CARLOS HUGO JORNET (CÓRDOBA)  
CARLOS LIEBERMANN (ENTRE RÍOS)  
JORGE ENRIQUE OVIEDO (MENDOZA)  
HÉCTOR PÉREZ MORANDO (NEUQUÉN)  
JULIO RAJNERI (RÍO NEGRO)  
GUSTAVO JOSÉ VITTORI (SANTA FE)

### *Miembros correspondientes en el extranjero*

MARIO DIAMENT (ESTADOS UNIDOS)

ARMANDO RUBÉN PUENTE (ESPAÑA)

### *Mesa Directiva*

Presidente:	JOSÉ CLAUDIO ESCRIBANO
Vicepresidente 1°:	BERNARDO EZEQUIEL KOREMBLIT
Vicepresidente 2°:	ENRIQUE JOSÉ MACEIRA
Secretario:	ENRIQUE MARIO MAYOCHI
Prosecretaria:	ENRIQUETA MUÑIZ
Tesorero:	ALBERTO J. MUNIN
Protesorero:	FERMÍN FÈVRE

### *Comisión de Fiscalización*

Miembros titulares:	DANIEL ALBERTO DESSEIN NAPOLEÓN CABRERA CORA CANÉ
Miembros suplentes:	ULISES BARRERA ROBERTO MAIDANA

### *Comisiones*

**Admisión:** BARTOLOMÉ DE VEDIA, ARMANDO ALONSO PIÑEIRO, ENRIQUE J. MACEIRA y ALBERTO J. MUNIN.

**Biblioteca, Hemeroteca y Archivo:** BERNARDO EZEQUIEL KOREMBLIT, JORGE CRUZ y ULISES BARRERA.

**Concursos, Seminarios y Premios:** FERMÍN FÈVRE, ENRIQUE MACEIRA, ENRIQUETA MUÑIZ y ENRIQUE OLIVA.

**Libertad y Ética Periodística:** LAURO F. LAÍÑO, RAFAEL BRAUN, ALBERTO J. MUNIN, ENRIQUE J. MACEIRA, ENRIQUE OLIVA y BARTOLOMÉ DE VEDIA.

**Publicaciones y Prensa:** FERNANDO SÁNCHEZ ZINNY, NORA BÄR, NAPOLEÓN CABRERA, JORGE HALPERÍN y ANTONIO REQUENI.



## PRÓLOGO

El doctor Gregorio Badeni es, desde hace muchos años, asesor jurídico de la Asociación de Entidades Periodísticas Argentina (ADEPA). Sé bien, por haber presidido durante cuatro períodos esa institución y por haber conducido durante otros tantos años su Comisión de Libertad de Prensa e Información, lo que significa, para cuantos defendemos y estimulamos el ejercicio de la libertad de prensa, la contribución doctrinaria y profesional del doctor Badeni.

Como presidente de la Academia Nacional de Periodismo consideré que había llegado el momento de que el pensamiento constitucional de este maestro del Derecho tuviera cabida en las publicaciones regulares de nuestra institución. Con la misma generosidad habitual con la cual Badeni está siempre abierto a las consultas de empresas periodísticas y de periodistas, llegó en poco tiempo una obra que será de imprescindible consulta para los estudiosos de los grandes temas concernientes a la prensa.

Así nació *Doctrina de la real malicia*. En las páginas que siguen el lector encontrará un pormenorizado análisis de cómo funciona este instituto que se abrió paso en la jurisprudencia argentina desde mediados de los años ochenta y que ha tenido recepción en votos emitidos en el seno de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Badeni pasa revista a los orígenes de esa doctrina fundada en los principios sobre los que se asientan las constituciones de los Estados Unidos y de la Argentina y, sobre todo, a ese fallo decisivo de 1964, conocido como “The New York Times v. Sullivan”.

La esencia de la doctrina de la real malicia se encuentra en el voto del juez Brennan de aquella Corte norteamericana de los años sesenta, cuando afirmaba que para que un funcio-

nario público fuera indemnizado por una manifestación inexacta o difamatoria referente a su conducta, debía probar que ella había sido hecha con real malicia, o sea, con el conocimiento de su falsedad o con temeraria despreocupación o desinterés por haber sabido si había sido verdadera o no.

Creo que todo periodista debería leer este enjundioso trabajo en el que el doctor Badeni se ciñe, como corresponde a la doctrina en cuestión, a la hermenéutica de una regla prevista para cuando el agravio afecta a funcionarios públicos, a personalidades públicas o a particulares que se encontraran involucrados en tareas de interés institucional o de relevante interés público.

En nombre de la Academia Nacional de Periodismo dejo, pues, expresado el agradecimiento que debemos al autor de las páginas que siguen.

José Claudio Escribano

# I

## INTRODUCCIÓN

A pesar de la generosidad republicana de su marco jurídico, es cierto que, en la Argentina, muy pocas veces la libertad de prensa rigió con la amplitud dispuesta por la Constitución. Ello obedeció a las numerosas violaciones de su orden constitucional, generadas tanto por sus gobiernos de facto y algunos de jure, como por los más variados procesos de desconstitucionalización que se produjeron en el curso del siglo XX.

Siempre, la libertad de prensa fue la primera libertad desconocida por los regímenes autoritarios y los gobiernos no consustanciados con la tolerancia y el pluralismo republicanos porque, dado su carácter estratégico, la violación de ella abre las compuertas que permiten acometer impunemente contra las restantes libertades del hombre. Miles de periodistas agraviados, encarcelados, torturados y asesinados por la sola circunstancia de difundir hechos o expresar opiniones no compartidas por los gobernantes de turno o los grupos de poder son la prueba más elocuente de aquella afirmación.

Esta situación, realmente patológica, tiene muestras cotidianas. Hoy día, públicamente, todos se proclaman fervientes defensores de la libertad de prensa, pero son muchos los que, en forma pública o privada, propician la censura y otras restricciones cuando el ejercicio de la libertad de prensa se opone a sus intereses o valores, ya sean políticos o éticos.

Al margen de algunos fallos judiciales aislados, en los cuales se incursiona en aspectos éticos del periodismo por quienes son idóneos para interpretar las leyes, pero no necesariamente para ser expertos en cuestiones de moral, se añaden diversos proyectos legislativos destinados específicamente a coartar la libertad de expresión. En el fondo, nos están dicen-

do: "La libertad de pensamiento y de prensa proclamo en alta voz, pero muera quien no piense o exprese lo que pienso yo". Son resabios de comportamientos autoritarios que pretenden imponer a los medios de prensa lo que se debe informar y cómo se debe informar, y que colisionan abiertamente contra la expansión del pluralismo como idea política dominante mundial en las postrimerías del siglo XX y a comienzos del siglo actual.

Pero esa situación patológica no se presenta solamente en la Argentina. En mayor o menor grado, tuvo y tiene manifestaciones en muchos países enrolados en la democracia constitucional que, al margen de revelar una intolerancia irracional y dogmática, son fomentadas por grupos de intelectuales que, con particular soberbia y aplicando, a veces inconscientemente, criterios oligárquicos, no pueden admitir la expresión de puntos de vista diferentes de los forjados por sus febriles intelectos.

Una muestra elocuente fue la actitud adoptada por ciertos intelectuales británicos cuando, en el curso de la Segunda Guerra Mundial, impidieron con sus críticas la publicación de la obra de George Orwell titulada "La rebelión en la granja". La publicación de ese libro, con su prólogo sugestivamente titulado "La libertad de prensa", no fue posible, porque la aguda condena que el autor formulaba al sistema político imperante en la Unión Soviética lesionaba las simpatías que los intelectuales británicos expresaban hacia ese régimen. A tal punto que, para descalificarla, se atrevieron a tildar esa obra de antibritánica por las críticas que formulaba a un Estado que era su aliado en el enfrentamiento con el nacionalsocialismo liderado por Hitler.

De todas maneras, resulta plausible verificar cómo, en el curso del siglo XX y acorde con la proyección que se prevé para el siglo XXI, los Estados procuraron afianzar su basamento democrático mediante la protección de la libertad de prensa.

En el caso concreto de la Argentina, se advierte la vigencia de una amplia libertad de prensa con un grado de intensidad muy superior al existente en los restantes países latinoamericanos y en muchas naciones europeas<sup>1</sup>. Tal realidad obedece a dos razones. Por una parte, a la existencia de un generoso marco jurídico establecido por la Constitución Nacional que no pudo ser alterado por los innumerables embates dirigidos contra ella. Por otra, a la firme y decidida acción de los hombres de prensa, que no claudicaron en su lucha por la defensa de la libertad de expresión.

Las libertades no se concretan en la práctica por un acto de magia sino por la acción de los hombres. De modo que, aunque la ley reconozca la libertad de prensa, si no hay firmeza en la convicción por asumir su defensa, aquélla será un enunciado meramente nominal, tanto en un sistema autocrático como en uno democrático constitucional. Porque, en rigor, la vigencia formal de la democracia constitucional en modo alguno garantiza la manifestación de la libertad de prensa. Es necesario luchar por ella, en cada espacio y en cada momento.

Esa lucha por la libertad de prensa permite verificar que, en la Argentina, fue derogada la figura penal del desacato; se restringió sensiblemente la potestad disciplinaria del Congreso respecto del desacato congresual; los medios gráficos de prensa pueden acceder a la explotación de medios electrónicos; no se admite legalmente ningún tipo de censura; la doctrina de la real malicia tiende a ser aplicada por los tribunales judiciales; la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha emitido importantes fallos, en el curso de los últimos doce años, en salva-

<sup>1</sup> Entendemos que, desde el punto de vista jurídico, solamente en los Estados Unidos impera una libertad de prensa superior a la registrada en la Argentina a partir de 1984. Sobre el particular, es válida la advertencia de José Claudio Escribano en orden a que la reconstrucción de las instituciones gubernamentales es similar a la que se opera con la prensa libre (seminario sobre "Poder Judicial y Prensa" del 16 de agosto de 1995, Asociación de Entidades Periodísticas Argentinas).

guarda de la libertad de prensa; los medios de prensa y las entidades que los agrupan son reconocidos y respetados como importantes grupos de presión en beneficio de los intereses de la comunidad; no existen esos tribunales de ética periodística que, muchas veces, sólo han servido para generar la autocensura o para obrar al servicio del gobernante de turno; no se condiciona el ejercicio de la actividad periodística a la colegiación ni a la posesión de títulos universitarios o terciarios. Tales realidades permiten esbozar una idea optimista y positiva en orden al futuro desenvolvimiento de la prensa en el país, siempre que subsista aquel espíritu de lucha para concretar su vigencia y se supere la aguda crisis económica que afrontan las empresas periodísticas desde 2001.

El rol que desempeña la prensa libre en un sistema democrático constitucional difiere sustancialmente del que se le atribuye en un régimen autocrático.

La necesidad de preservar la libertad de prensa y la prensa libre, en el marco del rol que ella desempeña en un sistema democrático constitucional, y la circunstancia de que la promoción de acciones penales o civiles constituyen procedimientos sumamente efectivos para silenciar las críticas o privar de información a la comunidad, impone la necesidad de actuar con suma cautela en la materia, aplicando criterios de tipificación judicial que permitan gestar un equilibrio razonable entre aquella función de la prensa y los derechos individuales que puedan ser vulnerados mediante una publicación<sup>2</sup>.

La libertad de prensa, al igual que las restantes libertades constitucionales, no reviste carácter absoluto en orden a las consecuencias que depara su ejercicio. Sin embargo, cuando ella se manifiesta en una dimensión institucional o estratégica,

<sup>2</sup> En tal sentido, Sotirios Barber destaca: “Podríamos concluir que los hombres públicos no deberían tener el mismo derecho de defenderse contra la difamación como lo tienen los ciudadanos comunes” (*Sobre el significado de la Constitución de los Estados Unidos*, pág. 181, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986).

el criterio para ponderar la responsabilidad jurídica consecuente impone la aplicación de reglas especiales y diferentes de las aceptables en una dimensión individual, no para otorgar un privilegio a quien ejerce esa libertad, sino para preservar la subsistencia de un sistema democrático constitucional.

Entre tales reglas figura la llamada doctrina “Campillay”, forjada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>3</sup>. Conforme a ella, el emisor de una información u opinión inexacta, e incluso ajustada a la realidad si es agravante, queda exento de responsabilidad civil y penal si adecua su conducta a alguna de las siguientes variantes:

- 1) Formular la expresión atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente. La fuente debe ser individualizada con precisión, siendo insuficiente una referencia genérica. Además, el emisor debe acreditar la existencia de la fuente invocada.
- 2) Utilizar un tiempo de verbo potencial y no asertivo.
- 3) Dejar en reserva la identidad de los agraviados por la nota periodística. No se deben publicar sus nombres o cualquier otro dato que permita su individualización.

Simultáneamente, se procuraba abrir paso en nuestra doctrina jurisprudencial de otros criterios que permitieran atenuar la responsabilidad de quien ejerce la libertad de prensa en una dimensión institucional o estratégica. Entre ellos se destaca la doctrina de la “real malicia”, cuyo precursor en el derecho argentino fue José María Sáenz Valiente, distinguido abogado y ferviente defensor de la prensa libre que durante décadas se esmeró por hacer conocer las bondades que ella presentaba para preservar en la práctica el carácter de libertad preferente que tiene la libertad de prensa en un sistema democrático constitucional.

<sup>3</sup> Fallos C.S. 308:789; 310:508; 316:2394 y 2417; 317:1448; 319:3428 y 2965.

La principal virtud de la “real malicia” reside en establecer criterios objetivos para juzgar la responsabilidad jurídica en el ejercicio de la libertad de expresión, distinguiendo las diversas connotaciones que ella presenta según se ejerza en una dimensión individual, institucional o estratégica.



## II ANTECEDENTES

La doctrina de la real malicia, formulada por la Suprema Corte de los Estados Unidos<sup>4</sup>, estuvo precedida por la aplicación de diversas reglas mediante las cuales se procuró sistematizar los criterios para determinar la responsabilidad jurídica en el ejercicio de la libertad de expresión, en general, y de la libertad de prensa, en particular.

La Constitución de los Estados Unidos de 1787 estaba desprovista de una declaración de derechos. Sus autores, que representaban a los trece Estados que conformaron la Unión, eran partidarios de crear un gobierno federal al cual se le delegara la menor cantidad de atribuciones posible. Habían concretado su independencia, rompiendo la relación de subordinación autoritaria que las había ligado con la corona británica, y no estaban dispuestos a forjar un nuevo poder central que privara a los antiguos colonos de las libertades reivindicadas.

Sin embargo, el recelo que suscitaba el gobierno federal, y que podía traducirse en una lesión para esas libertades, fue el factor determinante para que, en 1791, se sancionara la Declaración de Derechos que contenía las diez primeras enmiendas introducidas en la Constitución. Mediante su inserción explícita en la Ley Fundamental, fueron enunciadas algunas libertades con el carácter de límites impuestos a la acción del gobierno federal.

La Enmienda I establece: “El Congreso no dictará ley alguna estableciendo una religión, o prohibiendo su libre ejercicio; ni que limite la libertad de palabra o de prensa; ni el derecho del pueblo de reunirse pacíficamente y a peticionar al gobierno la reparación de sus agravios”.

<sup>4</sup> “New York Times v. Sullivan” (376 U.S. 255 de 1964).

La interpretación de tales derechos quedaba librada al criterio de los jueces. Siguiendo la tradición inglesa, que se remontaba a la Edad Media, correspondía a los jueces efectuar esa interpretación sobre la base de los precedentes judiciales. Tales precedentes surgían de las reglas jurídicas aplicadas a casos concretos que conformaban el *common law* o derecho común. De manera que los jueces no efectuaban una interpretación en abstracto de las normas constitucionales, sino con referencia a cada caso concreto sometido a su consideración.

¿Qué significaba la “libertad de palabra o de prensa” a la luz de los precedentes jurisprudenciales?

En general, para los tribunales locales, la cláusula constitucional significaba que todos disfrutaban del derecho de publicar ideas, informaciones, hechos u opiniones sin previa autorización oficial, quedando sujeto a las responsabilidades ulteriores.

Pero, para algunos, la libertad de prensa, considerando el rol gravitante que había desempeñado en el curso del proceso de la independencia, era el derecho de publicar sin censura previa y sin temor a un castigo posterior. Esta última concepción probablemente reflejaba el rechazo a las restricciones vigentes en Inglaterra para el ejercicio de la libertad de prensa. Bastaba recordar que el sistema de licencias oficiales impuesto a comienzos del siglo XVI, que condicionaba la publicación de libros y folletos a la previa censura oficial y al pago de un gravamen, recién fue abolido en 1694.

Sin desmerecer la influencia que tuvo sobre el pensamiento norteamericano la obra de John Milton cuando proclamaba: “Pido, por encima de cualquier otra libertad, la de poder conocer, hablar y debatir sin impedimentos y según mi conciencia”, no cabe duda de que fue William Blackstone quien elaboró los primeros enfoques para regular judicialmente la libertad de prensa.

Las ideas de Blackstone, formuladas en la segunda mitad del siglo XVIII, dieron lugar a la regla de la “tendencia nociva”.

Según esta regla, si bien la libertad de prensa no admite restricciones previas, su ejercicio no exime de responsabilidad jurídica cuando lo que se publica es impropio, perverso o ilegal, configurando un riesgo o lesión para la subsistencia de la paz, el orden público, la religión o la seguridad gubernamental.

En cada caso concreto, correspondía al juez verificar si el ejercicio de la libertad de prensa era nocivo para tales bienes con prescindencia de la prueba de la verdad. Esta última era inadmisibles para la defensa. Esto era así porque la acreditación del carácter impropio, perverso o ilegal de la publicación que configuraba el riesgo o la lesión generaba la consecuente responsabilidad sin ponderar la veracidad o falsedad del contenido de aquélla.

A ella se añadió, en 1798, la “doctrina del libelo sedicioso”. La rivalidad existente entre los integrantes del Partido Federalista, al cual pertenecía el presidente John Adams elegido en 1796, y los miembros del Partido Demócrata, seguidores del vicepresidente Thomas Jefferson, determinó que aquéllos, al tener mayoría en las cámaras del Congreso, decidieran coartar las críticas periodísticas que emitían estos últimos. Así, sancionaron la Ley de Sedición, cuya vigencia fue prevista hasta el 3 de marzo de 1801.

Esa ley sancionaba con la pena de prisión de hasta dos años a todo aquel que escribiera, imprimiera, expresara o publicara un escrito falso, escandaloso o malicioso contra el gobierno, alguna de las cámaras del Congreso o la figura del presidente, con la intención de difamarlos, o desprestigiarlos, o de suscitar un ánimo contrario a ellos de parte del pueblo<sup>5</sup>.

La sanción de la ley recaía, entre otras, sobre las críticas realizadas con el propósito de difamar o desprestigiar. Los

<sup>5</sup> La impopularidad de la ley contribuyó a la elección de Jefferson como presidente en 1800, oportunidad en la que derrotó a Adams, y a la desarticulación del Partido Federalista. La Corte norteamericana no tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la validez constitucional de la ley.

jueces federales, que respondían políticamente a Adams, sostuvieron que toda crítica expuesta bajo las condiciones previstas en la ley se presumía falsa, a menos que el acusado probara la verdad de sus expresiones.

También se presumía la malicia del autor y, en cuanto a la intención de difamar, quedaba sujeta al *standard* de la “tendencia nociva”.

Mediante esta ley, fruto de la intolerancia y del autoritarismo político, se pretendía cercenar toda crítica dirigida al gobierno bajo el pretexto de resguardar la vigencia del orden constitucional.

Los principios resultantes del *standard* de la “tendencia nociva” y del “libelo sedicioso”, continuaron siendo aplicadas por los jueces con ligeras modificaciones. Así, cuando en 1804 Alexander Hamilton definió la libertad de prensa como el derecho de publicar con impunidad, verdad y buenos motivos, con un propósito justificado aunque fuera en detrimento del gobierno, de los magistrados o individuos, se aceptó por las leyes estatales que la responsabilidad jurídica del emisor de la expresión por los daños ocasionados estaba condicionada a la prueba de su dolo cuando los demandantes eran funcionarios públicos o candidatos a cargos públicos. Pero, al igual que en todos los casos, esa responsabilidad requería que las expresiones fueran inexactas. Inexactitud que se presumía, y que solamente podía ser desvirtuada mediante la defensa consistente en la prueba de la verdad a cargo del demandado.

Sin embargo, en algunas oportunidades<sup>6</sup>, y conforme al criterio expuesto por los jueces Oliver Wendell Holmes<sup>7</sup> y Mahlon Pitney<sup>8</sup>, no fue aceptada la prueba de la verdad, siguiendo el pensamiento de Blackstone. Las expresiones que eran objetivamente agraviantes acarrearán una sanción para su

<sup>6</sup> “Prudential Life v. Cheek” (259 U.S. 530 de 1922).

<sup>7</sup> Oliver Wendell Holmes integró la Suprema Corte entre 1902 y 1932.

<sup>8</sup> Mahlon Pitney formó parte de la Suprema Corte entre 1912 y 1922.

emisor con prescindencia de la veracidad o inexactitud de sus afirmaciones.

Así, en el caso “Patterson v. Colorado”<sup>9</sup>, fue sancionado el director de un periódico por desacato debido a las críticas que había formulado a un magistrado judicial. No se le permitió probar que su crítica era razonable y que estaba provista de fundamentos serios. Para el juez Holmes, la Enmienda I de la Constitución protegía a la prensa contra la censura previa, pero las afirmaciones precisas y veraces eran punibles si, potencialmente, podían causar daños sociales y, entre tales daños, incluía las críticas que podían obstruir el funcionamiento del órgano judicial.

A comienzos del siglo XX, las enseñanzas de Blackstone, que eran seguidas por la generalidad de los jueces, entre ellos Holmes, fueron objeto de severas críticas. Se sostuvo que el concepto de libertad de expresión siempre había sido más amplio en los Estados Unidos que en Inglaterra, y que uno de los objetivos a que obedeció la Enmienda I había sido el de abolir la vigencia del derecho común inglés en materia de libertad de expresión.

En ese marco, correspondió al juez Holmes formular la regla del “peligro real y actual”, apartándose del criterio que había seguido en “Patterson v. Colorado”. Esta regla colocaba virtualmente bajo la exclusiva ponderación de los jueces la determinación de la licitud en el ejercicio de la libertad de prensa. La sanción para el autor de una publicación estaba condicionada a que los jueces consideraran que sus expresiones habían sido formuladas generando, o pudiendo crear, un peligro real y actual determinante de un daño grave en cada caso concreto.

El desarrollo de esta regla obedeció a un hecho de política internacional. La intervención de los Estados Unidos en la Primera Guerra Mundial determinó que, en 1917, fuera sancio-

<sup>9</sup> 205 U.S. 454 de 1907.

nada la Ley de Espionaje. Entre sus disposiciones, calificaba como delito toda acción por la cual se causara, o intentara causar, una insubordinación, rebelión o incumplimiento de los deberes impuestos ante las fuerzas armadas de los Estados Unidos, así como la acción de obstruir, o intentar obstruir, el servicio de reclutamiento de tropas. La pena aplicable alcanzaba los veinte años de prisión.

En el caso “*Schenck v. United States*”<sup>10</sup>, fueron condenadas varias personas por distribuir folletos que criticaban el servicio militar obligatorio. Al fundamentar su decisión, el juez Holmes sostuvo que, “...en tiempos normales, los acusados habrían estado en su derecho constitucional de decir todo cuanto se dijo en el folleto. Pero el carácter de cada acto depende de las circunstancias en que se realiza. La más rigurosa protección de la libertad de palabra no bastaría para proteger al hombre que, falsamente, da la voz de fuego en un teatro y desata el pánico [...] Cuando una nación está en guerra, muchas cosas que pudieran decirse en tiempo de paz suponen tales obstáculos a sus esfuerzos que su expresión no ha de tolerarse mientras haya hombres que empuñen un fusil [...] La cuestión que se plantea reside en determinar si las palabras que se utilizaron lo fueron en circunstancias tales, y son de tal naturaleza, que crean un peligro real y actual de acarrear los males apreciables que el Congreso tiene derecho a prevenir”.

Esta regla, que suplía a la doctrina de la “tendencia nociva”, fue nuevamente aplicada en el caso “*Debs v. United States*”<sup>11</sup>. El acusado, que era presidente del partido socialista y que en varias oportunidades había sido candidato a la presidencia de la república, fue condenado por pronunciar un discurso en contra de la guerra de la cual participaban los Estados Unidos<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> 249 U.S. 47 de 1919.

<sup>11</sup> 249 U.S. 211 de 1919.

<sup>12</sup> Esta regla dejó de ser aplicada por los tribunales estadounidenses como, claramente, se verifica en el caso de los “papeles del Pentágono”

Otro tanto aconteció en el caso “Abrams v. United States”<sup>13</sup>. Cuatro personas que se habían exiliado en los Estados Unidos con motivo de la persecución política desatada en Rusia bajo el gobierno zarista, criticaron severamente, instando a una huelga general, la decisión del presidente Wilson de enviar tropas a ese país para combatir la revolución bolchevique. Fueron condenados porque se entendió que su comportamiento entorpecía los esfuerzos desplegados por los Estados Unidos en su guerra contra Alemania.

En esa oportunidad, el juez Holmes sustituyó la fórmula de “peligro real y actual” por la de “peligro real e inminente”. Destacó: “Es únicamente el peligro presente de un mal inmediato o de la intención de producirlo que justifica que el Congreso imponga límites a la expresión de opiniones que no atañen a derechos privados. El Congreso, ciertamente, no puede prohibir todos los esfuerzos por hacer cambiar de parecer al país. Nadie puede suponer que la publicación subrepticia de un folleto absurdo por un hombre desconocido, de no mediar algo más, presente el peligro inmediato de que sus opiniones entorpezcan el éxito de las armas del gobierno o tengan la más mínima tendencia apreciable de hacerlo. En este caso se han impuesto penas de veinte años por la publicación de folletos que, en mi opinión, los acusados tenían derecho de publicar como el gobierno tiene de publicar la Constitución de los Estados Unidos que ahora invoca [...] me parece que todo lo que podría imponérseles es el castigo más puramente nominal, a menos que se quiera hacer sufrir a los acusados no por lo que se alega en la acusación sino por el crédito político que profesan, un credo que, cuando se sustenta sinceramente, es en mi opinión el credo de la ignorancia y la falta de madurez, que nadie tiene el derecho de considerar cuando se trata de los cargos que se ventilan ante la Corte”.

---

(“New York Times v. United States” y “United States v. Washington Post”, 403 U.S. 713 de 1971).

<sup>13</sup> 250 U.S. 616 de 1919.

Añadió: “Estoy en pleno desacuerdo con el argumento del gobierno de que la Primera Enmienda dejó intacto y en vigor el derecho común en lo que hace al libelo sedicioso. Me parece que la historia va en contra de ese argumento. Creo que Estados Unidos, desde hace muchos años, ha mostrado su arrepentimiento de la Ley de Sedición de 1798 al devolver las multas que en aquel entonces impuso”<sup>14</sup>.

La aplicación de esta regla determinaba que la responsabilidad jurídica para quien ejercía la libertad de expresión resultaba de la formulación de conceptos lesivos para el bienestar, la moral o el orden público, sin que fuera necesario que su contenido se relacionara con personas determinadas o que el autor tuviera la intención de producir un resultado inmediato.

Sin embargo, la reacción que se vislumbraba contra los criterios tradicionales se exteriorizó en ciertas ideas expuestas por la Suprema Corte en el caso “*Gitlow v. New York*”<sup>15</sup>. En el voto de la mayoría, redactado por el juez Edward Terry Sanford<sup>16</sup>, se destacó que la Enmienda I de la Constitución protegía a la libertad de prensa de las restricciones que pudieran emanar de las leyes estatales. Ello era así porque los derechos enunciados en ella estaban comprendidos en la Enmienda XIV, sección I, al establecer que los estados locales, no podían dictar leyes que limitaran las prerrogativas de los ciudadanos ni privarlas de sus potestades sin previo proceso legal.

Otro tanto se advirtió en el caso “*Whitney v. California*”<sup>17</sup>. El juez Louis Brandeis<sup>18</sup>, a cuyo voto se adhirió Holmes, ex-

<sup>14</sup> La Ley de Espionaje, con la disidencia de Holmes, se aplicó en los casos “*Schaefer v. United States*” (251 U.S. 466 de 1920), “*Pierce v. United States*” (252 U.S. 239 de 1920) y “*United States v. Burselson*” (255 U.S. 407 de 1921).

<sup>15</sup> 268 U.S. 652 de 1925.

<sup>16</sup> Edward Terry Sanford formó parte de la Suprema Corte entre 1923 y 1930.

<sup>17</sup> 274 U.S. 357 de 1927.

<sup>18</sup> Louis Brandeis integró la Suprema Corte entre 1916 y 1939.



presó que, para los gestores de la independencia, la libertad era concebida como un medio y como un fin. “Creían que la libertad era el secreto de la felicidad; el coraje, el secreto de la libertad. Creían que la libertad de pensar lo que se quiera y decir lo que se piensa son medios indispensables para el descubrimiento y la propagación de la verdad política; que sin libertad de expresión y reunión, el debate sería fútil; que con ellos el debate de ordinario ofrece protección adecuada contra la diseminación de doctrinas perniciosas; que la mayor amenaza a la libertad es un pueblo inerte; que el debate público es deber político; y que esto debe ser principio fundamental del gobierno norteamericano. Reconocían los riesgos que corren todas las instituciones humanas. Pero sabían que el orden no se puede garantizar meramente con el temor del castigo de sus infracciones; que es aventurado oponerse al pensamiento, la esperanza y la imaginación; que el temor engendra represión; que la represión engendra odio; que el odio amenaza la estabilidad del gobierno; que el sendero de la seguridad se encuentra en la oportunidad de discutir libremente supuestos agravios y remedios propuestos; y que el mejor remedio para un mal consejo es uno bueno. Creyendo como creían en el poder de la razón aplicada por medio del debate público, desecharon el silencio impuesto por la ley, la peor forma de la fuerza como argumento. Conscientes de las tiranías ocasionales de las mayorías gobernantes, reformaron la Constitución a fin de garantizar la libertad de expresión y de reunión. El temor de daño grave no basta por sí solo para justificar la supresión de la libertad de expresión y de reunión. Los hombres temían a las brujas y quemaban mujeres. La función de la expresión es liberar al hombre de los grilletes del miedo irracional. Para justificar la supresión de la libertad de expresión es preciso que exista fundamento razonable para creer que sobrevendrán males mayores si la palabra se expresa libremente. Ha de existir fundamento razonable para creer que el peligro que se teme es inminente”.

Asimismo, en el caso “United States v. Schwimmer”<sup>19</sup>, en el que la mayoría de los integrantes de la Suprema Corte confirmaron la resolución denegatoria de la ciudadanía estadounidense a una mujer que manifestó no estar dispuesta a usar las armas para la defensa de los Estados Unidos, el juez Holmes, a quien se adhirieron los jueces Brandeis y Sanford, destacó que, “si algún principio de la Constitución exige observancia más imperativamente que los demás, ese principio es el de la libertad de pensamiento, libertad de pensamiento no para los que están de acuerdo con nosotros, sino libertad para las ideas que rechazamos. Creo que éste es un principio que deberíamos observar no sólo para ser admitidos a este país, sino para vivir en él. Y recurriendo al fallo que obstruye el paso de esta solicitante, me permito señalar que los cuáqueros han contribuido a hacer de este país lo que hoy es, que muchos ciudadanos concuerdan con la creencia de la solicitante y que hasta hoy no habíamos supuesto la posibilidad de expulsar a alguien por creer en las enseñanzas del Sermón de la Montaña más que algunos de nosotros”.

Estas decisiones de la Suprema Corte, y las opiniones progresistas que emitían sus jueces, no fueron óbice para que, en el ámbito de los estados locales, se prosiguiera con la aplicación de ciertas doctrinas restrictivas para el desenvolvimiento de la libertad de prensa.

En 1927, un tribunal estadual aceptó la petición formulada por un funcionario para que se impidiera la publicación en el semanario *The Saturday Press* de Minnesota de cierta información que fue calificada como maliciosa, difamatoria y perturbadora del orden público. Basó su decisión en una ley local que autorizaba ese tipo de censura preventiva cuando era susceptible de ocasionar molestias públicas.

La Corte Suprema de Minnesota confirmó el veredicto aplicando la doctrina de la “tendencia nociva” de Blackstone.

<sup>19</sup> 279 U.S. 644 de 1929.

Conforme a ella, y tal como lo había receptado la Ley de Sedición de 1798, la defensa consistente en la prueba de la verdad de lo que se iba a publicar, solamente se permitía si la información se emitía “con motivos sanos y justificables”.

Planteado el caso ante la Suprema Corte de los Estados Unidos<sup>20</sup>, la sentencia fue revocada. El juez Charles Evans Hughes<sup>21</sup>, destacó: “Si bien los ataques temerarios a los hombres públicos y los intentos por difamar a quienes fielmente se esfuerzan por cumplir sus deberes oficiales ejercen una influencia funesta y merecen la más enérgica condena de la opinión pública, no puede decirse que este abuso sea mayor –y de hecho se le reputa menor– que el que caracterizó el período en que se formaron nuestras instituciones. Desde entonces, la administración del gobierno se ha tornado más compleja, las oportunidades de malversación y corrupción se han multiplicado, la delincuencia ha alcanzado proporciones alarmantes, y el peligro de que funcionarios desleales la protejan y de que se menoscabe la seguridad fundamental de la vida y propiedad como consecuencia de las alianzas criminales y la desidia oficial recalca la necesidad primordial de contar con una prensa vigilante y valerosa, especialmente en las grandes ciudades”. Añadió que el propósito fundamental de la Enmienda I de la Constitución fue el de impedir la censura previa a la publicación aunque, en tiempos de guerra, el gobierno podría prevenir la publicación de informaciones que pusieran en peligro la seguridad del Estado<sup>22</sup>.

Sin embargo, ese límite a la prohibición absoluta de la censura previa no fue obstáculo para que, en lo sucesivo, los

<sup>20</sup> “Near v. Minnesota” (283 U.S. 697 de 1931).

<sup>21</sup> Charles Evans Hughes fue juez de la Suprema Corte entre 1910 y 1916, y también entre 1930 y 1941.

<sup>22</sup> La mayoría estuvo integrada por Hughes, Holmes, Brandeis, Stone y Roberts. Los jueces disidentes fueron Butler, Van Devanter, Mc Reynolds y Sutherland.

jueces rechazaran de manera automática todas las peticiones de censura previa para la prensa<sup>23</sup>.

En el caso “Thornhill v. Alabama”<sup>24</sup>, en el que la Suprema Corte extendió el concepto de libertad de expresión a la formulación pública de opiniones mediante actitudes, la libertad de prensa fue definida como una “libertad preferente”, siguiendo el razonamiento expuesto por el juez Frank Murphy<sup>25</sup>. Reiteró que las características atribuidas a la libertad de prensa por las Enmiendas I y XIV de la Constitución no podían ser restringidas por las legislaturas de los estados locales, idea similar a la expuesta en el artículo 32 de nuestra Ley Fundamental. Como consecuencia, toda ley local que regulara esa libertad preferente estableciendo restricciones para su desenvolvimiento era objeto de una fuerte presunción de inconstitucionalidad. Correspondía al gobierno local probar en cada caso concreto que la limitación establecida era un remedio indispensable para prevenir un peligro real e inminente.

Conforme a esta postura, de la cual participó el juez Felix Frankfurter<sup>26</sup>, no resultaba posible, al menos objetivamente, presumir el ejercicio ilícito de la libertad de prensa y que, por el contrario, toda interferencia normativa a esa libertad proveniente de los estados locales padecía de una presunción de inconstitucionalidad<sup>27</sup>.

Sin embargo, y tal como acontece con lamentable frecuencia, la insensatez que acarrearán ciertos hechos políticos suele desvirtuar la solidez de las doctrinas jurídicas empeñadas en resguardar la libertad individual. Fue así como la pre-

<sup>23</sup> Anthony Lewis, al analizar esta evolución, la compara con el enfoque progresista registrado en “New York Times v. United States” (403 U.S. 713 de 1971) en su obra *Ninguna ley*, pág. 212, Sociedad Interamericana de Prensa, Miami, 2000.

<sup>24</sup> 310 U.S. 88 de 1940.

<sup>25</sup> Murphy fue juez de la Suprema Corte entre 1940 y 1949.

<sup>26</sup> Frankfurter integró el Tribunal entre 1939 y 1962.

<sup>27</sup> “Thomas v. Collins” (323 U.S. 516 de 1945).

vención de las actividades comunistas en los Estados Unidos durante la denominada “guerra fría” indujo a algunos de los integrantes de la Suprema Corte de Justicia a apartarse de los criterios relativamente razonables que se habían aplicado para juzgar los excesos en el ejercicio de la libertad de expresión. Se gestó, transitoriamente, la doctrina del “peligro real y probable”<sup>28</sup>, que luego fue abandonada. Particularmente, debido a las severas y fundadas críticas que mereció de los jueces Hugo Lafayette Black<sup>29</sup> y William Orville Douglas<sup>30</sup>, quienes no avalaron su aplicación. Por el contrario, bregaron y consiguieron la reimplantación jurisprudencial de la doctrina sobre el carácter de “libertad preferente” que presenta la libertad de prensa<sup>31</sup> y que se compadece plenamente cuando su ejercicio se concreta en una dimensión institucional o estratégica.

Precisamente, en el marco de esta concepción de la “libertad preferente”, surgió la doctrina de la “real malicia”.

<sup>28</sup> “Dennis v. United States” (341 U.S. 494 de 1951).

<sup>29</sup> Black formó parte de la Suprema Corte entre 1937 y 1971.

<sup>30</sup> Douglas fue juez del Tribunal entre 1939 y 1975.

<sup>31</sup> “Barenblatt v. United States” (360 U.S. 109 de 1959); “Brandenburg v. Ohio” (395 U.S. 444 de 1969).



### III

## LOS HECHOS DE

### “NEW YORK TIMES V. SULLIVAN”

El 29 de marzo de 1960, en el diario *The New York Times*, cuya circulación cotidiana era de, aproximadamente, 650.000 ejemplares, fue publicada una solicitada con el título “Escuchad sus voces que claman”.

Esa solicitada, difundida durante el curso de un agudo proceso tendiente a erradicar los resabios de la discriminación racial existente en los Estados Unidos, decía lo siguiente:

“Como el mundo entero ya lo sabe, millares de estudiantes sureños negros están enfrascados en amplias demostraciones no violentas en apoyo activo del derecho de vivir con la dignidad humana que garantizan la Constitución de los EE.UU. y la Declaración de Derechos. Pero, en sus esfuerzos por defender esas garantías, se han topado con una ola de terror sin precedentes, desatada por quienes desean negar –y negarles– ese documento que, a los ojos de todo el mundo, ha establecido la norma de la libertad moderna...”

”En Orangeburg, Carolina del Sur, cuando 400 estudiantes recabaron pacíficamente el derecho de comprar café y rosquillas en distintos mostradores del distrito comercial, se los expulsó por la fuerza, entre nubes de gases lacrimógenos, empapados –en temperaturas bajo cero– por el agua de las mangueras de los bomberos, se los arrestó y se los acorraló tras cercas de alambres de púas donde debieron permanecer de pie durante largas horas, en el intenso frío.

”En Montgomery, Alabama, después que los estudiantes entonaron ‘My Country Tis of Thee’ en la escalinata del capitolio estatal, sus líderes fueron expulsados de sus escuelas, y camiones repletos de policías armados con escopetas y gases

lacrimógenos rodearon el campus de la Universidad Estatal de Alabama. Cuando el estudiantado en pleno protestó a las autoridades estatales al negarse a volver a matricularse, éstas respondieron haciendo cerrar el comedor con candado para intentar rendirlos por hambre.

”En Tallahassee, Atlanta, Nashville, Savannah, Greensboro, Memphis, Richmond, Charlotte y numerosas otras ciudades en el Sur, jovencitos norteamericanos han desafiado el poder de la maquinaria oficial y de la policía y han dado un paso al frente como protagonistas de la democracia.

”No es de extrañarse, pues, que los que en el Sur violan la Constitución le teman a esta nueva modalidad no violenta de luchadores por la libertad [...] del mismo modo que le temen a la creciente marea en favor del derecho al sufragio. No es de extrañarse que estén determinados a destruir al hombre que, más que ningún otro, simboliza el nuevo espíritu que se está adueñando del Sur, el reverendo Dr. Martin Luther King, Jr., el líder, mundialmente famoso, de la protesta contra los ómnibus de Montgomery. Porque ha sido su doctrina de no violencia la que ha inspirado y guiado a los estudiantes en su ola arrolladora de sentadas; este mismo Dr. King es el fundador y presidente de la Conferencia Sureña de Liderazgo Cristiano, la cabeza de lanza del naciente movimiento que exige el derecho al voto. Dirigida por el Dr. King, la Conferencia de Liderazgo realiza seminarios y círculos de estudio sobre los principios filosóficos y las técnicas de la resistencia no violenta.

”Una y otra vez, los que en el Sur violan la Constitución han respondido con intimidación y violencia a las protestas pacíficas del Dr. King. Han hecho detonar bombas en su casa que casi les causaron la muerte a su esposa y su hijo. Lo han agredido físicamente. Lo han detenido siete veces –por “exceso de velocidad”, por “vagancia” y por otros “delitos” parecidos–. Y ahora lo han acusado de “perjurio”, un delito grave por el que podrían imponerle diez años de prisión. A todas luces, su propósito real es eliminar físicamente como líder a



quien los estudiantes –y millones más– acuden en busca de guía y apoyo, intimidando así a todos los líderes que pudieran surgir en el Sur. Su estrategia consiste en decapitar a este movimiento de reafirmación cívica, desmoralizar a los negros norteamericanos, y debilitar su voluntad de lucha. La defensa de Martin Luther King, líder espiritual del movimiento de las sentadas estudiantiles, es claramente, pues, parte integral de la lucha que en el Sur se libra por la libertad.

”Los norteamericanos decentes aplauden la osadía tan original de los estudiantes y el heroísmo callado del Dr. King. Pero éste es uno de esos momentos en la azarosa historia de la Libertad en que hombres y mujeres de buena voluntad deben hacer algo más que aplaudir la gloria que otros alcanzan. Los Estados Unidos cuyo buen nombre está en tela de juicio ante los ojos del mundo; los Estados Unidos cuyo legado de Libertad estos defensores sureños de la Constitución protegen [...] son también nuestros Estados Unidos.

”Debemos escuchar, sí, sus voces que claman, pero debemos sumarles las nuestras.

”Debemos trascender el respaldo moral y brindar la ayuda material que tan urgentemente precisan los que corren los riesgos, los que afrontan la cárcel y hasta la muerte en gloriosa reafirmación de nuestra Constitución y la Declaración de Derechos.

”Los instamos a que se solidaricen con nuestros conciudadanos en el Sur y que apoyen con su dinero este Llamado Conjunto que busca satisfacer las tres necesidades –la defensa de Martin Luther King, el apoyo de los estudiantes acosados, y la lucha por el derecho de votar”.

Al pie de la solicitada figuraban los nombres de sesenta personas que requerían la colaboración de la ciudadanía. Algunas de ellas, ampliamente conocidas por su actividad política, religiosa, científica o artística, tales como Harry Belafonte, Algernon Black, William Branch, Marlon Brando, Richard Cox,

Nat King Cole, Sammy Davis Jr., Philip Elliot, Anthony Franciosa, Lorraine Hansbury, Eartha Kitt, Edward Klein, John Lewis, Vince Lindfors, Don Murray, Clarence Pickett, Sidney Poitier, Bayard Rustin, Robert Ryan, Maureen Stapleton, Frank Sinatra, George Tabori, Shelley Winters y hasta la viuda del ex presidente Franklin Delano Roosevelt, Eleanor Roosevelt.

A continuación, y debajo de una línea de palabras que decían: “Los que luchamos diariamente en el sur por la dignidad y la libertad, apoyamos firmemente este llamado”, aparecían los nombres de cuatro clérigos. La solicitada era atribuida al “Comité para defender a Martin Luther King y la lucha por la libertad en el sur”, cuyos presidentes eran Philip Randolph y Gardner Taylor.

Días después, el 5 de abril de 1960, el diario vespertino de Montgomery –*Alabama Journal*– publicó un artículo sobre esa solicitada, precisando algunos de los errores insertados en su texto. Dos días después, el matutino de esa localidad, *Advertiser*, publicó una nota editorial criticando severamente a los autores de la solicitada por cuanto entendía que los errores consignados en ella respondían al deliberado propósito de engañar a los lectores de *The New York Times*.

Cuando Sullivan, que revestía el cargo de comisionado a cargo del Departamento de Policía de Montgomery, tuvo conocimiento de la solicitada, despachó una nota a *The New York Times* el 8 de abril para exigir una retractación, porque, según su criterio, ella era falsa y difamatoria. Una nota similar remitió a cada uno de los cuatro clérigos cuyos nombres figuraban al pie de la solicitada<sup>32</sup>.

Los abogados de *The New York Times* contestaron la nota destacando que en la solicitada no se mencionaba a Sullivan y que su contenido era substancialmente correcto, con la salvedad de que no habían encontrado datos para corroborar la

<sup>32</sup> En el curso del juicio, los clérigos manifestaron que sus nombres habían sido invocados sin contar con su conocimiento ni conformidad.

afirmación referente a que el comedor de la Universidad había sido cerrado con un candado “para intentar rendirlos por hambre”. Asimismo, que la empresa editora iba a proseguir indagando la veracidad de los hechos para, eventualmente, corregir las expresiones que resultaran ser erróneas.

La respuesta no fue satisfactoria para Sullivan, quien el 19 de abril de ese año, promovió una acción civil por libelo ante la Corte de Circuito del Condado de Montgomery, en Alabama. La demanda fue entablada contra *The New York Times* y los cuatro clérigos cuyos nombres figuraban al pie de la solicitada<sup>33</sup>, reclamando el pago de medio millón de dólares por resarcimiento de los daños y perjuicios provocados, debido al carácter difamatorio para el honor del demandante que revestía la publicación.

Entre fines de abril y comienzos de mayo, promovieron demandas similares el gobernador de Alabama –John Patterson–, el alcalde de Montgomery –Earl James– y dos consejeros municipales –Frank Parks y Clyde Sellers– reclamando, cada uno de ellos, el pago de medio millón de dólares. Los demandados eran las mismas personas, aunque, en el caso de la acción entablada por Patterson, se añadió a Martin Luther King.

La solicitada no individualizaba a los demandantes citando sus nombres. Sin embargo, ellos sostuvieron que todas las referencias contenidas en la solicitada atinentes a las actitudes que había adoptado la policía estaban implícitamente ligadas a sus personas debido a los cargos públicos que desempeñaban en el Condado de Montgomery y en el Estado de Alabama, lugar donde se estaba sustanciando un proceso por perjurio contra Martin Luther King.

Algunos de los hechos descriptos en la solicitada eran inexactos. Así, no era cierto que Martin Luther King hubiera

<sup>33</sup> Al demandar, conjuntamente, a los cuatro clérigos que residían en Alabama, se impidió al *New York Times* solicitar la intervención de la justicia federal por razones de vecindad.

sido arrestado en siete oportunidades; que el Consejo Escolar de Alabama hubiera expulsado a los estudiantes de color por cantar himnos patrióticos, sino que la expulsión obedeció a los desmanes que habían producido en el comedor existente en una repartición pública de Montgomery; que la policía de Montgomery hubiera cercado el área universitaria. Tampoco era cierto que los accionantes, y en particular Sullivan, hubieran tenido alguna participación en los atentados cometidos contra Martin Luther King y su familia.

La legislación de Alabama era similar a la vigente en el resto de los Estados. Basada sobre el *common law* y el derecho común inglés, condicionaba la viabilidad de las acciones civiles indemnizatorias y punitorias a los presupuestos siguientes:

- 1) La prueba por el demandante de que el accionado había efectuado o participado en la publicación de las afirmaciones difamatorias.
- 2) El juez debía decidir si, objetivamente, las palabras publicadas eran por sí mismas difamatorias. Tenían tal aptitud aquéllas que, sin relación con un caso concreto, podían dañar la reputación de una persona o podían transformarla en objeto del repudio público.
- 3) Si la publicación era difamatoria, se presumía que ella era falsa sin que el demandante tuviera que aportar pruebas para acreditar ese extremo.
- 4) Si la publicación era difamatoria, se presumía que ocasionaba daños y perjuicios al demandante. El accionante no debía probar tales daños ni su cuantificación. Este principio, aplicable a los daños ejemplares o punitivos, no regía respecto de los daños específicos que provocaban una pérdida económica. La cuantificación de estos últimos debía ser acreditada por el accionante.
- 5) En las acciones civiles se presumía el dolo o culpa del demandado. El accionado no se eximía de responsabilidad

aunque acreditara la inexistencia de una conducta dolosa o culposa. La prueba del dolo sólo se requería en las causas que preveían sanciones penales, pero no cuando se demandaba el pago de daños por libelo. Tanto tratándose de daños específicos o patrimoniales como respecto de la reparación de la difamación inferida mediante el pago de daños ejemplares o punitivos.

- 6) El demandado sólo podía ser eximido de responsabilidad si probaba la verdad de sus afirmaciones.

El tribunal del Condado de Montgomery hizo lugar a la acción de difamación promovida por Sullivan, condenando a los cuatro clérigos y a *The New York Times* al pago de una indemnización de medio millón de dólares. El fallo fue confirmado por la Suprema Corte del Estado de Alabama, que aplicó aquellos principios del *common law* y prescindió del significado que cabía asignar en el caso a las disposiciones de la Constitución federal.

El 30 de agosto de 1962, la Suprema Corte de Alabama entendió que el texto de la solicitada era, por sí mismo, difamatorio y que se presumía la falsedad de su contenido, así como los daños invocados por el demandante. Por otra parte, el comportamiento irresponsable del New York Times estaba avalado por el hecho de haber accedido a publicar la solicitada pese a que, en sus archivos, existían elementos que le habrían permitido constatar la falsedad de varios de los hechos descriptos en la publicación.

Tampoco aceptó las argumentaciones de índole constitucional esgrimidas por el New York Times. Consideró, con breve fundamentación, que la Enmienda I no protegía a las publicaciones difamatorias, y que la Enmienda XIV, en la Sección I, regulaba las acciones provenientes de los Estados y no de los particulares a título personal. Esa norma constitucional establece que un Estado no puede privar a una persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso de ley, ni denegar de manera igualitaria la protección de las leyes.

Por la vía del certiorari, *The New York Times* recurrió de la sentencia por ante la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos que, al revocar el pronunciamiento el 9 de marzo de 1964, formuló la célebre doctrina de la “real malicia”<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> 376 U.S. 255 de 1964.

**IV**  
**EL FALLO**  
**“NEW YORK TIMES V. SULLIVAN”**

**A) Voto de la mayoría**

La opinión de la mayoría fue expuesta por el juez William J. Brennan<sup>35</sup> de la manera siguiente:

“Se nos pide en este caso que determinemos por primera vez la medida en que el amparo que la Constitución da a la expresión y a la prensa limita la facultad de un Estado de conceder daños en una demanda por libelo presentada por un funcionario público contra quienes han criticado su conducta oficial.

”El apelado L. B. Sullivan es uno de los tres concejales electos de la ciudad de Montgomery, Alabama. Testificó ser ‘Concejal de Asuntos Públicos y sus deberes son la supervisión del Departamento de Policía, el Departamento de Bomberos, el Departamento de Cementerios y el Departamento de Pesas y Romanas’. Entabló esta acción civil de libelo contra las cuatro personas físicas apelantes, que son negros y clérigos de Alabama, y contra el apelante The New York Times Company, sociedad anónima de Nueva York, que edita el periódico diario *The New York Times*. Un jurado en el tribunal de circuito del Condado de Montgomery le concedió daños por un monto de \$ 500,000, la cantidad cabal que reclamaba, contra todos los reclamantes, y la Corte Suprema de Alabama confirmó la sentencia.

”En su demanda, el apelado alegó haber sido difamado por las aseveraciones hechas en un aviso de plana entera pu-

<sup>35</sup> Brennan formó parte de la Suprema Corte entre 1956 y 1990.

blicado en *The New York Times* el 29 de marzo de 1960. El aviso, titulado 'Escuche sus Voces que Claman', comenzaba diciendo que 'Como el mundo entero ya lo sabe, millares de estudiantes sureños negros están enfrascados en amplias demostraciones no violentas en apoyo activo del derecho de vivir con la dignidad humana que garantizan la Constitución de los EE.UU. y la Declaración de Derechos'. Continuaba con la acusación de que 'en sus esfuerzos por hacer valer estas garantías, se han topado con una ola de terror sin precedentes, desatada por quienes desean negar –y negarles– ese documento que todo el mundo tiene por norma de la libertad moderna...'. Otros párrafos pretenden ilustrar la 'ola de terror' con descripciones de ciertos supuestos hechos. El texto concluye con una solicitud de aportaciones para tres propósitos: el apoyo del movimiento estudiantil, 'la lucha por el derecho de votar' y la defensa jurídica del Dr. Martin Luther King Jr., dirigente del movimiento, contra una acusación por perjurio que en ese entonces se encontraba pendiente en Montgomery.

"El texto apareció sobre los nombres de 64 personas, muchas de ellas ampliamente conocidas por sus actividades en los asuntos públicos, la religión, los sindicatos y las artes escénicas. Debajo de estos nombres y de un renglón que decía 'Nosotros, que luchamos diariamente en el Sur por la dignidad y la libertad, acogemos con beneplácito este llamado', aparecían los nombres de las cuatro personas físicas apelantes y de otras 16, todas ellas, salvo dos, identificadas como clérigos en varias ciudades sureñas. El aviso iba firmado al pie por el 'Comité para Defender a Martin Luther King y a la Lucha por la Libertad en el Sur', y enumeraba los funcionarios del Comité.

"De los diez párrafos del texto del aviso, el tercero y una parte del sexto fueron el fundamento de las alegaciones de libelo formuladas por el apelado. Su texto es el siguiente:

'Tercer párrafo:

'En Montgomery, Alabama, después que los estudiantes entonaron «My Country Tis of Thee» en la escalinata del capi-



tolio estatal, sus líderes fueron expulsados de sus escuelas y camiones repletos de policías armados con escopetas y gases lacrimógenos rodearon el campus de la Universidad Estatal de Alabama. Cuando el estudiantado en pleno protestó a las autoridades estatales al negarse a volver a matricularse, éstas respondieron haciendo cerrar el comedor con candado para intentar rendirles por hambre’.

‘El sexto párrafo:

’Una y otra vez, los que en el Sur violan la Constitución han respondido con intimidación y violencia a las protestas pacíficas del Dr. King. Han hecho detonar bombas en su casa que casi les causaron la muerte a su esposa y su hijo. Le han agredido físicamente. Le han detenido siete veces por «exceso de velocidad», por «vagancia» y por otros «delitos» parecidos. Y ahora le han acusado de «perjurio», un delito grave por el que pudieran imponerle diez años de prisión’.

”Aunque ninguna de estas manifestaciones menciona al apelado por su nombre, éste alegó que la palabra ‘policía’ en el tercer párrafo se refería a él en su condición de concejal de Montgomery encargado de supervisar la policía, de manera tal que se lo acusaba de ‘rodear’ el campus con policías. Alegó además que el párrafo se leería de manera tal de imputarle a la policía y, por consiguiente, a él, el que se cerrara con candado el comedor para rendir por hambre a los estudiantes. Con respecto al sexto párrafo, su posición fue que por cuanto es la policía la que de ordinario efectúa detenciones, la aseveración de que ‘Lo han arrestado al Dr. King siete veces’ se interpretaría como referencia a él; alegó además que los ‘Ellos’ que efectuaron las detenciones se tendrían por los mismos ‘Ellos’ que perpetraron los otros actos descritos y por ‘los que en el Sur violan la Constitución’. Así pues, alegó que el párrafo se interpretaría como acusación contra la policía de Montgomery y, por consiguiente, contra él, de responder a las protestas del Dr. King con ‘intimidación y violencia’, atentados dinamiteros contra su casa, agresiones físicas contra su persona, y acusa-

ciones de perjurio. El apelado y otros seis vecinos de Montgomery testificaron que, según leen esas aseveraciones, éstas se refieren al apelado en su calidad de concejal.

”No se discute que algunas de las aseveraciones hechas en los dos párrafos no eran descripciones exactas de los acontecimientos que ocurrieron en Montgomery. Aunque estudiantes negros realizaron una manifestación en la escalinata del capitolio estatal, cantaron el himno nacional y no ‘My Country Tis of Thee’. Aunque nueve estudiantes fueron expulsados por la Junta Estatal de Educación, ello no obedeció a que hubieran dirigido la manifestación en el capitolio sino a que, en otra oportunidad, exigieron que se les sirviera en el mostrador de la cafetería en el edificio de los tribunales del Condado de Montgomery. Tampoco todo el estudiantado, aunque sí la mayoría, protestó de la expulsión, no negándose a matricularse sino boicoteando las clases durante todo un día; prácticamente todos los estudiantes en efecto se matricularon para el semestre siguiente. El comedor del campus no se cerró nunca con candado, y los únicos estudiantes a que se les pudo haber prohibido comer en él fueron los pocos que o bien no habían firmado la solicitud de matrícula o bien no habían solicitado boletos provisionales para sus comidas. Aunque la policía fue desplegada en grandes números cerca del campus en tres ocasiones, nunca lo ‘rodeó’ y no se la llamó al campus por motivo de la manifestación en la escalinata del capitolio estatal, como lo implica el tercer párrafo. El Dr. King no había sido detenido siete veces sino únicamente cuatro, y aunque dijo haber sido agredido algunos años antes en ocasión de su detención por vagancia fuera de la sala de un juzgado, uno de los agentes que efectuaron la detención negó que hubiera habido tal agresión.

”Basándose en la premisa de que podía interpretarse que las acusaciones contenidas en el sexto párrafo se referían a él, al apelado se le permitió demostrar que no había tomado parte en los sucesos que en ese texto se describen. Aunque, en efec-

to, la casa del Dr. King había sido objeto de atentados dinamiteros en dos ocasiones cuando su esposa y su hijo se encontraban en ella, ambos incidentes ocurrieron antes que el apelado ocupara el cargo de concejal y la policía no estuvo implicada en los atentados sino, que antes bien, hizo todo lo posible por aprehender a los que sí lo estuvieron. Tres de las cuatro detenciones del Dr. King se produjeron antes que el apelado fuera concejal. Aunque, en efecto, al Dr. King se le habían formulado dos cargos y posteriormente se lo absolvió de perjurio, cada uno de los cuales suponía la posibilidad de una pena de cinco años, el apelado no tuvo nada que ver con la acusación.

”El apelado no intentó demostrar que había sufrido daños monetarios como consecuencia del supuesto libelo<sup>36</sup>. Uno de sus testigos, antiguo patrono suyo, declaró que si hubiese creído lo que se decía en el aviso, dudaría mucho que ‘quisiera tener nada que ver con nadie que se preste a hacer las cosas que se dicen en ese aviso’ y que no estaría dispuesto a volver a contratar al apelado si pensara que éste ‘le había permitido al Departamento de Policía hacer las cosas que el aviso dice que hizo’. Pero ni este testigo ni ninguno de los otros declararon haber creído lo que el aviso decía en supuesta referencia al apelado.

”El costo del aviso fue de alrededor de \$ 4,800, aproximadamente, y el *Times* lo publicó a solicitud de una agencia publicitaria de Nueva York que actuaba en nombre del Comité firmante. La agencia presentó el aviso con una carta de A. Philip Randolph, presidente del Comité, que certificaba que las personas cuyos nombres aparecían en el aviso habían dado su permiso. El Departamento de Aceptabilidad Publicitaria del *Times* conocía al Sr. Randolph y lo tenía por persona respon-

<sup>36</sup> Alrededor de 394 ejemplares del número del *Times* en que apareció el aviso circularon en Alabama. De ellos, alrededor de 35 ejemplares se distribuyeron en el Condado de Montgomery. La tirada total del *Times* ese día fue de alrededor de 650.000 ejemplares.

sable y, al aceptar la carta como prueba suficiente de autorización, no hizo más que seguir sus procedimientos ya establecidos. Hubo testimonio a los efectos de que la copia del aviso que acompañaba a la carta enumeraba únicamente los 64 nombres que aparecían debajo del texto y que la oración: 'Nosotros, que luchamos diariamente en el Sur por la dignidad y la libertad, acogemos con beneplácito este llamado', y la lista de nombres que aparecía debajo de ella y que incluía los de las personas físicas apelantes, se añadieron posteriormente cuando se recibieron las primeras pruebas del aviso. Cada una de las personas físicas apelantes declaró que no había autorizado la utilización de su nombre y que no había tenido conocimiento de que había sido utilizado hasta que recibió la exigencia de retractación del apelado. El gerente del Departamento de Aceptabilidad Publicitaria testificó haber aprobado la publicación del aviso porque no tenía conocimiento de nada que le hiciera pensar que contenía falsedades y porque contaba con el respaldo de 'un número de personas bien conocidas, cuyos móviles yo no tenía razón de cuestionar'. Ni él ni nadie en el *Times* intentó confirmar la veracidad del aviso, ya sea verificándolo con recientes artículos noticiosos en el *Times* sobre algunos de los hechos descritos, o de otra manera.

"La legislación de Alabama le niega al funcionario público la posibilidad de obtener daños ejemplares en una acción de libelo entablada por motivo de una publicación relativa a su conducta oficial, a menos que el funcionario exija por escrito una retractación pública y el demandado no lo haga o se niegue a hacerlo. El apelado exigió sendas retractaciones de los apelantes. Ninguna de las personas naturales apelantes respondió a la exigencia, primordialmente porque cada uno de ellos tomó la posición de que no había autorizado la utilización de su nombre en el aviso y que, por consiguiente, no había publicado las aseveraciones que el apelado alegaba que lo habían difamado. El *Times* no publicó una retractación en respuesta a la exigencia pero le escribió una carta al apelado en que decía,

entre otras cosas, que ‘nos intriga saber [...] por qué cree que las manifestaciones hechas en el anuncio le atañen a usted’, y ‘...puede usted, si así lo desea, hacernos saber en qué respecto alega usted que las manifestaciones hechas en el aviso se refieren a usted’. El apelado trabó este pleito pocos días después sin haber respondido a la carta. Pero el *Times* sí publicó posteriormente una retractación del aviso a solicitud del gobernador John Patterson de Alabama, que afirmó que la publicación lo acusaba de ‘mala conducta grave y [...] acciones y omisiones impropias en su condición de gobernador de Alabama y presidente ex officio de la Junta Estatal de Educación de Alabama’. Cuando se le pidió que explicara por qué había habido retractación en el caso del gobernador pero no en el del apelado, el secretario del *Times* declaró: ‘Lo hicimos porque no queríamos que nada que el *Times* publicase empañara el buen nombre del Estado de Alabama y, a nuestro modo de ver, el gobernador era la encarnación del Estado de Alabama y el representante apropiado del Estado y, además, para ese entonces habíamos recibido más información sobre los hechos que el aviso pretendía enumerar y, por último, el aviso se refería, en efecto, a actos de las autoridades estatales y de la Junta de Educación de la cual el gobernador es presuntamente el presidente ex officio...’. Pero, por otra parte, declaró que no pensaba ‘que nada de lo contenido en ese texto se refería al Sr. Sullivan’.

”El juez de primera instancia puso el caso en manos del jurado con instrucciones de que las aseveraciones hechas en el aviso eran ‘difamatorias per se’ y no gozaban de privilegio, de modo tal que a los apelantes se les podían exigir responsabilidades si el jurado determinaba que habían publicado el aviso y que las aseveraciones hechas en él eran ‘del apelado y acerca de él’. Se le dijo al jurado que por cuanto las aseveraciones eran difamatorias de por sí, ‘la ley supone lesión jurídica del mero hecho de la publicación en sí’; que ‘la falsedad y la malicia se presumen’; que ‘no es necesario alegar ni demostrar daños generales sino que se dan por hechos’; y que ‘el jurado

puede conceder daños ejemplares aun cuando no se determine ni se pruebe el monto de los daños y perjuicios reales'. Los daños ejemplares —a diferencia de los daños 'ordinarios', que son de naturaleza compensatoria— aparentemente precisan, según la legislación de Alabama, que se pruebe real malicia, y el juez en sus instrucciones al jurado indicó que 'la mera negligencia o descuido no era prueba de real malicia o de dolo y no justifica daños ejemplares o punitivos'. Pero, sin embargo, se negó a indicarle al jurado que era preciso, a fin de conceder daños ejemplares, que estuviese 'convencido' de que había habido dolo, en el sentido de 'intención real' de hacer daño o 'negligencia o temeridad grave', y también se negó a exigir que el veredicto en favor del apelado estableciera la distinción entre daños ordinarios y daños ejemplares. El juez desestimó las objeciones de los apelantes que alegaban que sus decisiones limitaban las libertades de expresión y de la prensa que están garantizadas por la Primera y la Decimocuarta Enmiendas.

"Al confirmar la sentencia, la Corte Suprema de Alabama mantuvo en todo respecto las determinaciones y las instrucciones del juez de primera instancia. Mantuvo que 'por cuanto las palabras publicadas tienden a lesionar la reputación, la profesión, el oficio o el negocio de la persona difamada por ellas, o a acusarla de un delito punible, o tienden a desacreditar públicamente a la persona' son 'difamatorias de por sí'; que 'de acuerdo con la doctrina anterior, el asunto de la querrela es difamatorio de por sí si se publicó del demandante y acerca de él'; y que era demandable sin 'prueba de lesión monetaria [...] ya que tal lesión es implícita'. Aprobó el fallo del tribunal de primera instancia, que dijo al jurado que podía determinar que lo dicho en el aviso era 'del demandante y acerca de él' y señaló: 'Creemos que es de todos sabido que la persona común y corriente sabe que los agentes municipales como la policía, los bomberos y otros, están bajo el control y la dirección del gobierno municipal y, específicamente, bajo la dirección y el control de un solo concejal. Al evaluar la actuación o las defí-

ciencias de tales grupos, la alabanza o la crítica suele atribuírsela al funcionario que tiene el control absoluto de tal cuerpo'. Al confirmar la determinación del tribunal de primera instancia de que el veredicto no era excesivo, la Corte dijo que la malicia podía inferirse de la 'irresponsabilidad' del *Times* al publicar el aviso, a pesar de que 'el *Times* tenía en sus propios archivos artículos que habrían demostrado la falsedad de las alegaciones hechas en el anuncio'; del hecho de que el *Times* no se había retractado con respecto al apelado aunque sí se había retractado con respecto al gobernador, en tanto que el *Times* tenía ya para ese entonces conocimiento de la falsedad de algunas de las alegaciones y que 'las aseveraciones contenidas en el aviso eran tan falsas con respecto al uno como al otro'; y del testimonio del secretario del *Times*, que dijo que, dejando a un lado la aseveración de que el comedor se había cerrado con candado, creía que los dos párrafos eran 'substancialmente correctos'. La Corte confirmó lo dicho en un fallo anterior, que 'en casos de esta naturaleza no hay medida jurídica de los daños'. Rechazó los alegatos constitucionales de los apelantes con los tersos comentarios de que 'la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos no protege las publicaciones difamatorias' y 'la Decimocuarta Enmienda está dirigida contra las acciones estatales y no las acciones privadas'.

"Habida cuenta de la importancia de las cuestiones constitucionales en disputa, concedimos las respectivas solicitudes de autos de avocación de las personas naturales apelantes y del *Times*. Anulamos la sentencia. Fallamos que la regla de derecho que los tribunales de Alabama aplicaron es constitucionalmente deficiente porque no ofrece el amparo de la libertad de expresión y de prensa que la Primera y la Decimocuarta Enmiendas exigen en una demanda por libelo presentada por un funcionario público contra quienes critican su conducta oficial. Mantenemos además que, con las garantías apropiadas, las pruebas que se presentaron en este

caso son constitucionalmente insuficientes para sustentar la sentencia en favor del apelado.

## I

”Podemos disponer inicialmente de las dos razones que se han invocado para aislar la sentencia de los tribunales de Alabama del examen constitucional. La primera es la que esgrime la Corte Suprema de ese Estado, que ‘la Decimocuarta Enmienda está dirigida contra las acciones estatales y no las acciones privadas’. Ese argumento no puede aplicarse a este caso. Aunque se trata de una demanda civil entre particulares, los tribunales de Alabama han aplicado una regla estatal de derecho que, según los apelantes, impone restricciones inválidas a sus libertades constitucionales de expresión y de prensa. No importa que esa ley se haya aplicado en una acción civil y que se trate únicamente de una ley del derecho común, aunque complementada por el código. El criterio no depende de la forma en que se ha aplicado la potestad estatal sino, sea cual haya sido esa forma, de si se ha ejercido o no esa potestad.

”El segundo argumento es que las garantías constitucionales de libertad de expresión y libertad de prensa no son aplicables en este caso, al menos en lo que al *Times* respecta, porque las expresiones supuestamente difamatorias se publicaron en un anuncio ‘comercial’ pagado. Ese argumento se apoya en *Valentine contra Chrestensen*, 316 U.S. 52, en que la Corte mantuvo que una ordenanza municipal que prohibía la distribución de materiales publicitarios comerciales y de negocios no infringía las libertades de la Primera Enmienda, aun cuando se las invocara en amparo de un volante que en una cara lleva un anuncio comercial pero que en la otra protesta de cierta medida oficial. Esa interpretación es completamente errónea. En *Chrestensen*, la Corte reafirmó la protección constitucional de ‘la libertad de impartir información y diseminar opiniones’; su decisión se basó en las conclusiones fácticas de que el volante



era ‘puramente publicidad comercial’ y que la protesta contra la medida oficial se había añadido únicamente con el propósito de evadir las disposiciones de la ordenanza municipal.

”La publicación en este caso no fue un anuncio ‘comercial’ en el sentido en que esa palabra se utilizó en *Chrestensen*. Impartía información, expresaba opiniones, enumeraba quejas, protestaba de los abusos que decía que se cometían, y recababa apoyo económico, todo ello en nombre de un movimiento cuya existencia y cuyos objetivos son asuntos del máximo interés y la más honda preocupación pública. Que al *Times* se le hubiese pagado por publicar el aviso es tan poco importante en este respecto como el hecho de que los periódicos y los libros se venden. *Smith contra California*, 361 U.S. 147,150; *Bantam Books, Inc., contra Sullivan*, 372 U.S. 58, 64 n.6. Cualquier otra conclusión cohibiría a los periódicos de publicar ‘avisos editoriales’ de este tipo, cerrando así un canal importante para la difusión de información e ideas por personas que no tienen de por sí acceso a medios de publicación pero que desean ejercer su libertad de expresión aun cuando no son miembros de la prensa. *Lovell contra Griffin*, 303 U.S. 444, 452; *Schneider contra Estado*, 308 U.S. 147, 164. El efecto sería restringir la Primera Enmienda e impedirle que asegure ‘la diseminación más amplia posible de información proveniente de fuentes diversas y contrarias’. *Associated Press contra Estados Unidos*, 326 U.S. 1,20. Para evitar colocar a las libertades de expresión en semejante desventaja, mantenemos que si las aseveraciones supuestamente difamatorias estuviesen de alguna otra manera constitucionalmente amparadas de la sentencia en cuestión, no pierden esa protección por el hecho de que se las haya publicado en la forma de aviso pagado.

## II

”De acuerdo con las leyes de Alabama que se aplicaron en este caso, una publicación es ‘difamatoria per se’ si las pala-

bras tienden a lesionar la reputación [...] de la persona' o 'a desacreditarla públicamente'; el tribunal de primera instancia dijo que ese criterio se satisfacía si las palabras 'lo injuriaban en su cargo público, le imputaban conducta impropia en su cargo, o falta de integridad oficial, o falta de fidelidad a la confianza pública...'. El jurado debe determinar que las palabras se publicaron 'del demandante y acerca de él', pero en los casos en que el demandante es funcionario público, su sitio en la jerarquía gubernamental es prueba suficiente para sustentar la determinación de que su reputación ha sido afectada por aseveraciones críticas de la dependencia de que está encargado. Una vez que se ha establecido el 'libelo per se', el demandado no tiene defensa contra los hechos manifestados, a menos que logre persuadir al jurado de que eran ciertos en todos sus extremos. Su privilegio de 'comentario justo' con respecto a expresiones de opinión depende de la verdad de los hechos en que se basa el comentario. A menos que pueda probar que lo dicho era cierto, los daños ordinarios se presumen y pueden concederse sin prueba de lesión monetaria. Al parecer, la prueba de real malicia es prerrequisito para obtener daños ejemplares, y el demandado puede, de todos modos, evitarlos con una retractación que satisfaga los requisitos de la ley. Los buenos motivos y la creencia de decir verdad no impiden la inferencia de malicia aunque pueden mitigar los daños ejemplares si el jurado decide darles peso.

"La cuestión que tenemos ante nosotros es si esta regla de responsabilidad, aplicada a una acción entablada por un funcionario público contra críticos de su conducta oficial, limita la libertad de expresión y de la prensa que garantizan la Primera y la Decimocuarta Enmienda.

"El apelado se apoya, como también se apoyaron los tribunales de Alabama, en aseveraciones hechas por esta Corte en el sentido de que la Constitución no ampara las publicaciones difamatorias. Esas aseveraciones no nos impiden indagar en este caso. Ninguno de esos casos justificó la utilización de

las leyes de libelo para imponer sanciones a expresiones críticas de la conducta oficial de funcionarios públicos. El dictum en *Pennekamp contra Florida*, 328 U.S. 332, 348–349, de que ‘cuando las aseveraciones equivalen a difamación, el juez tiene en los daños el mismo recurso que otros servidores públicos’ no implicaba opinión alguna con respecto al recurso que los funcionarios públicos pudieran tener constitucionalmente. En *Beauharnais contra Illinois*, 343 U.S. 250, la Corte reafirmó la aplicación de una ley criminal de Illinois a una publicación que se determinó difamaba a un grupo racial y ‘podía causar violencia y desorden’. Pero la Corte hizo la observación de que ‘retiene y ejerce la autoridad de anular actos que infrinjan la libertad de expresión con la excusa de castigar el libelo’ porque los ‘hombres públicos son, por así decirlo, bienes públicos’ y que ‘la discusión no puede denegarse, y el derecho, así como el deber, de criticar no debe sofocarse’. En el único caso anterior en que se planteó la cuestión de los límites constitucionales a la facultad de conceder daños por el libelo de un funcionario público, la Corte estuvo dividida por igual y la cuestión no se decidió. *Schenectady Union Pub. Co. contra Sweeney*, 316 U.S. 642. Para decidir ahora la cuestión, ni los precedentes ni las normas nos compelen a dar más peso al epíteto de ‘libelo’ que el que tenemos que dar a otras ‘meras etiquetas’ de la legislación estatal. Al igual que ‘insurrección’, ‘desacato’, incitación a cometer actos ilícitos, alteración del orden, obscenidad, la solicitud de negocios jurídicos y las diversas fórmulas de represión de la expresión que han sido impugnadas ante esta Corte, el libelo no puede exigir inmunidad talismánica de los límites impuestos por la Constitución. Es preciso medirlo con estándares que satisfagan los requisitos de la Primera Enmienda.

”El principio general de que la libertad de expresión con respecto de asuntos públicos está garantizada por la Primera Enmienda es algo que nuestras sentencias han resuelto hace ya mucho tiempo. La salvaguarda constitucional, hemos dicho,

‘se concibió con el ánimo de garantizar el libre intercambio de ideas que produzcan los cambios políticos y sociales que el pueblo desea’, Roth contra Estados Unidos, 354 U.S. 476, 484. ‘El mantenimiento de la oportunidad de sostener discusiones políticas libres con miras a que el gobierno pueda responder a la voluntad popular y que los cambios se puedan lograr por medios legales, oportunidad que es esencial para la seguridad de la república, es principio fundamental de nuestro sistema constitucional’. Stromberg contra California, 283 U.S. 359, 369. ‘Es preciado privilegio norteamericano de decir lo que se piensa –no siempre con irreprochable buen gusto– sobre todas las instituciones públicas’, Bridges contra California, 314 U.S. 252, 270, y esta oportunidad debe concederse tanto para la ‘defensa vigorosa’ como para las disquisiciones ‘abstractas’, NAACP contra Button, 371 U.S. 415, 429. La Primera Enmienda, dijo el juez Learned Hand, ‘presupone que es más probable que las conclusiones correctas surjan de una multitud de lenguas que de ninguna selección autoritaria. Para muchos, esto es –y siempre será– una locura; nosotros, en cambio, lo hemos apostado todo a esa baza’, Estados Unidos contra Associated Press, 52 F.Supp. 362,372 (D.C.S.D.N.Y. 1943). El magistrado Brandeis, en su opinión concurrente en Whitney contra California, 274 U.S. 357, 375–376, postuló el principio en su fórmula clásica:

”Quienes ganaron nuestra independencia creían que el propósito último del Estado era dar a los hombres libertad para desarrollar sus facultades, y que en su gobierno las fuerzas deliberativas debían prevalecer sobre las arbitrarias. La libertad para ellos era de valor como medio y como fin. Creían que la libertad era el secreto de la felicidad; el coraje, el secreto de la libertad. Creían que la libertad de pensar lo que se quiera y decir lo que se piensa son medios indispensables para el descubrimiento y la propagación de la verdad política; que sin libertad de expresión y de reunión, el debate sería fútil; que con ellos el debate de ordinario ofrece protección adecuada

contra la diseminación de doctrinas perniciosas; que la mayor amenaza a la libertad es un pueblo inerte; que el debate público es deber político; y que esto debe ser principio fundamental del gobierno norteamericano. Reconocían los riesgos que corren todas las instituciones humanas. Pero sabían que el orden no se puede garantizar meramente con el temor del castigo de sus infracciones; que es aventurado oponerse al pensamiento, la esperanza y la imaginación; que el temor engendra represión; que la represión engendra odio; que el odio amenaza la estabilidad del gobierno; que el sendero de la seguridad se encuentra en la oportunidad de discutir libremente supuestos agravios y remedios propuestos; y que el mejor remedio para un mal consejo es uno bueno. Creyendo como creían en el poder de la razón aplicada por medio del debate público, desecharon el silencio impuesto por la ley, la peor forma de la fuerza como argumento. Conscientes de las tiranías ocasionales de las mayorías gobernantes, enmendaron la Constitución a fin de garantizar la libertad de expresión y de reunión’.

”Consideramos así este caso contra el telón de fondo de un profundo compromiso nacional con el principio de que el debate de los asuntos públicos debe ser robusto, abierto de par en par y sin inhibiciones, y que bien pudiera incluir ataques vehementes, cáusticos y a veces desagradablemente mordaces contra el gobierno y los funcionarios públicos. Véanse *Terminiello contra Chicago*, 337 U.S. 1,4; *De Jonge contra Oregon*, 299 U.S. 353, 365. El aviso en cuestión, como expresión de queja y de protesta en una de las principales cuestiones públicas de nuestros días, parece poder acogerse claramente al amparo constitucional. La cuestión que se plantea es si pierde ese amparo como resultado de la falsedad de algunos de los hechos que alega y de su presunta difamación del apelado.

”Interpretaciones autorizadas de las garantías de la Primera Enmienda invariablemente se han negado a reconocer excepción alguna a la prohibición categórica de toda prueba de verdad —ya sea administrada por jueces, jurados o funcionarios

administrativos—, especialmente pruebas que obligan a quien habla a demostrar la verdad de lo dicho. Speiser contra Randall, 357 U.S. 513, 525–526. El amparo constitucional no depende de ‘la verdad, popularidad o utilidad social de las ideas y los criterios que se ofrecen’, NAACP contra Button, 371 U.S. 415, 445. Como dijera Madison, ‘cuando se usa algo como es debido, un cierto grado de abuso es inevitable, y en ningún caso es ello más cierto que en el de la prensa’. 4 Elliot’s Debates on the Federal Constitution (1876), p. 571. En Cantwell contra Connecticut, 310 U.S. 296, 310, la Corte declaró:

‘Surgen agudas diferencias en los campos de la fe religiosa y las creencias políticas. En ambos, los preceptos de uno pudieran ser el error más craso para otro. A fin de persuadir a otros de su punto de vista, quien lo alega recurre a veces, como bien sabemos, a la exageración, al vilipendio de hombres que han sido, o son, figuras destacadas en la Iglesia o el Estado, y hasta a la mentira. Pero el pueblo de este país ha dispuesto, a la luz de la historia, que a pesar de la probabilidad de que se cometan excesos y abusos, estas libertades son, a largo plazo, esenciales para la opinión esclarecida y la conducta correcta de los ciudadanos de una democracia’.

”Que las aseveraciones erróneas son inevitables en el debate libre, y que es menester protegerlas para que la libertad de expresión tenga la ‘latitud’ que ‘precisa [...] para sobrevivir’, NAACP contra Button, 371 U.S. 415, 433, es algo que la Corte de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia también reconoció en Sweeney contra Patterson, 76 U.S. App. D.C. 23, 24 128 F. 2d 457, 458 (1942). Hablando en nombre de una corte que unánimemente afirmó la declaración sin lugar de la demanda entablada por un congresista con motivo de un artículo de prensa en que se le acusaba de antisemitismo por oponerse a un nombramiento judicial, el juez Edgerton dijo:

‘Los casos que exigen responsabilidades por informes erróneos de la conducta política de funcionarios son espejo de la doctrina anacrónica que mantiene que los gobernados no de-

ben criticar a sus gobernantes [...] El interés del público en este caso supera el del apelante o el de cualquier otra persona. La protección del público exige no tan sólo discusión sino información. A los congresistas se les imputan constantemente conducta y opiniones políticas que algunas personas respetables aprueban y otras condenan. Los errores de hecho, particularmente los relativos al ánimo y los procesos mentales ajenos, son inevitables [...] Lo que se le suma al campo del libelo se le subtrae al campo del debate libre’.

”Del mismo modo que el error de hecho no justifica la represión de expresiones que, de no ser por ese error, deberían ser libres, las injurias a la reputación oficial tampoco la justifican. Cuando se trata de funcionarios judiciales, esta Corte ha mantenido que la preocupación por la dignidad y la reputación de los tribunales no da pie al castigo por desacato criminal de la crítica del juez o de su decisión. *Bridges contra California*, 314 U.S. 252. Y esto es así aun cuando la expresión contenga ‘medias verdades’ e ‘información errónea’. *Pennekamp contra Florida*, 328 U.S. 331, 342, 343, n. 5, 345. Tal represión puede justificarse –si es que se puede justificar– únicamente con el peligro claro y presente de obstrucción de la justicia. Si a los jueces se los ha de tratar como ‘hombres de entereza, capaces de medrar en climas robustos’, *Craig contra Harney*, 331 U.S. 376, lo mismo debe ciertamente aplicarse a otros funcionarios gubernamentales como los concejales municipales. La crítica de su conducta oficial no pierde su amparo constitucional meramente por ser crítica efectiva que, como tal, merma sus reputaciones oficiales.

”Si ni el error de hecho ni el contenido difamatorio bastan para arrebatarle a la crítica de la conducta oficial el escudo constitucional, la combinación de ambos no resulta menos insuficiente. Esta es la lección que debe sacarse de la gran controversia sobre la Ley de Sedición de 1798, que por primera vez cristalizó la conciencia nacional del significado central de la Primera Enmienda. Esa ley tipificaba como delito, sanciona-

ble con una multa de \$ 5,000 y cinco años de prisión “escribir, imprimir, expresar o publicar [...] todo escrito falso, escandaloso y malicioso contra el gobierno de los Estados Unidos o una u otra cámara del Congreso [...] o el Presidente [...] con la intención de difamarlos [...] o desprestigiarlos o de concitar los ánimos del noble pueblo de los Estados Unidos contra ellos’. La ley le concedía al acusado la defensa de la verdad, y disponía que el jurado sería el juez de la ley y de los hechos. A pesar de estas limitaciones, la ley fue tildada de inconstitucional en un vigoroso ataque al que se sumaron Jefferson y Madison. En la famosa Resolución de Virginia de 1798, la Asamblea General de Virginia resolvió que: ‘Protesta en particular contra las infracciones palpables y alarmantes de la Constitución [...] la Ley de Sedición ejerce un poder que no había sido delegado por la Constitución sino que, antes bien, estaba expresa y terminantemente prohibido por la Primera Enmienda un poder que, más que ningún otro, debiera causar alarma universal porque va dirigido contra el derecho de examinar libremente figuras y medidas públicas y de informar libremente al pueblo de ello, un derecho que con toda justicia ha sido considerado el único guardián efectivo de todos los demás derechos’.

”Madison elaboró el informe en apoyo de su protesta. Su premisa era que la Constitución había creado una forma de gobierno en la que ‘el pueblo y no el gobierno posee soberanía absoluta’. La estructura del gobierno dispersaba el poder, atenta a la desconfianza popular de la concentración de poder y hasta del poder mismo en todos los planos. Esta forma de gobierno era ‘muy diferente’ de la forma británica en que la Corona era la soberana y el pueblo, los súbditos. ‘¿No es natural y necesario en tales circunstancias diferentes’, preguntaba, ‘que se prevea un grado diferente de libertad en el uso de la prensa?’. En un debate previo en la Cámara de Representantes, ya había dicho: ‘Si reparamos en la naturaleza del gobierno republicano, veremos que el poder de censura lo ejerce el



pueblo sobre el gobierno, y no el gobierno sobre el pueblo'. Del ejercicio de ese poder por la prensa, el informe dice: 'Probablemente en todos los Estados de la Unión, la prensa ha ejercido libertad al analizar los méritos y las virtudes de hombres públicos de toda descripción que no se ha limitado a los estrictos confines del derecho común. Es sobre esta base que ha descansado la libertad de la prensa; sobre estos cimientos aún descansa...'. El derecho de la discusión libre y pública de la labor de los funcionarios públicos era, pues, en la opinión de Madison, principio fundamental de la forma norteamericana de gobierno.

"Aunque la Ley de Sedición no fue nunca puesta a prueba en esta Corte, los ataques contra su validez han prevalecido en el tribunal de la historia. Las multas que se impusieron a tenor de sus disposiciones fueron devueltas por ley del Congreso que la consideró inconstitucional. Véase, v. gr, la Ley del 4 de julio de 1840, c. 45, 6 Stat. 802, acompañada de H.R. Rep. No. 86, 26° Cong., 1° ses. (1840). Calhoun, en su informe al Congreso del 4 de febrero de 1836, supuso que su invalidez era algo 'que nadie dudaba ahora'. Informe con el proyecto de ley del Senado No. 122, 24° Cong., 1° ses., p. 3. Jefferson, ya presidente, perdonó a los que habían sido condenados y condenó las multas que se les habían impuesto diciendo: 'Exoneré a todos los castigados o procesados por la Ley de Sedición porque consideré entonces —y considero ahora— que la ley era nula, tan palpable y absolutamente nula como si el Congreso nos hubiese ordenado que nos hincáramos de rodillas y adorásemos una imagen de oro'. Magistrados de esta Corte también han supuesto la invalidez de la Ley de Sedición. Véanse la opinión disidente del M. Holmes, al que se sumó el M. Brandeis, en *Abrams contra Estados Unidos*, 250 U.S. 616, 630; la opinión disidente del M. Jackson en *Beauharnais contra Illinois*, 343 U.S. 250, 288-289. Estas opiniones reflejan un amplio consenso de que la Ley de Sedición, por las restricciones que imponía a la crítica del gobierno y de los funcionarios públicos, era incompatible con la Primera Enmienda.

”Carece de fuerza el argumento del apelado de que los límites constitucionales implícitos en la historia de la Ley de Sedición se aplican únicamente al Congreso y no a los Estados. Es cierto que, originalmente, la Primera Enmienda estuvo dirigida únicamente a los actos del gobierno federal y que Jefferson, entre otros, y aunque negaba la facultad del Congreso de ‘controlar la libertad de la prensa’, reconocía que los Estados poseían esa facultad. Pero esta distinción fue eliminada con la adopción de la Decimocuarta Enmienda y la aplicación a los Estados de las restricciones de la Primera Enmienda. Véanse, v. gr, *Gitlow contra Nueva York*, 268 U.S. 652, 666; *Schneider contra Estado*, 308 U.S. 147, 160; *Bridges contra California*, 314 U.S. 252, 268; *Edwards contra Carolina del Sur*, 372 U.S. 229, 235.

”Lo que un Estado no puede hacer constitucionalmente por medio de una ley criminal queda también más allá del alcance de sus leyes de libelo civil. El temor de una sentencia por daños y perjuicios al amparo de reglas como la invocada por los tribunales de Alabama en este caso puede inhibir más que el temor de la acusación penal. Véase *La Ciudad de Chicago contra Tribune Co.*, 307 III 595, 607. 139 N.E. 86, 90 (1923). Alabama, por ejemplo, cuenta con una ley de libelo criminal que permite encausar a ‘todo el que hable, escriba, o imprima de otra persona o acerca de ella cualquier acusación que falsa y maliciosamente le atribuya la comisión de un delito por dicha persona, o de cualquier otra falta punible que suponga torpeza moral’, y que establece como castigo, en caso de condena, una multa máxima de \$ 500 y una pena de seis meses de prisión. Es de presumir que la persona acusada de infringir esta ley goza de las garantías ordinarias del derecho penal, como el requisito de que se la acuse formalmente y de que se pruebe su culpabilidad más allá de toda duda razonable. El demandado en una acción civil no cuenta con estas garantías. La sentencia en este caso –sin la necesidad de probar pérdida monetaria alguna– fue mil veces mayor que la multa máxima

que dispone la ley penal de Alabama, y cien veces mayor que la que disponía la Ley de Sedición. Y por cuanto las demandas civiles no gozan de las garantías que prohíben el procesamiento por segunda vez, ésta no es la única sentencia que pudiera dictarse contra los apelantes por la misma publicación<sup>37</sup>. Independientemente de que un periódico pueda sobrevivir o no una sucesión de sentencias así, el manto de temor y timidez con que se cubre a quienes se atreven a dar voz a la crítica pública constituye una atmósfera en que las libertades de la Primera Enmienda no pueden sobrevivir. Es patente que la ley de libelo civil de Alabama es ‘una forma de regulación que crea peligros para las libertades amparadas que son marcadamente mayores que los que se derivan de la aplicación de las leyes penales’. Bantam Books, Inc., contra Sullivan, 372 U.S. 58, 70.

”Tampoco puede prevalecer la ley estatal por el mero hecho de que permite alegar la verdad como defensa. Esgrimir la defensa de aseveraciones erróneas hechas de buena fe no es menos esencial en este caso que el requisito de prueba de conocimiento culpable que en Smith contra California, 361 U.S. 147, consideramos indispensable para la condena válida de un librero acusado de tener escritos obscenos a la venta. Dijimos entonces:

‘Porque si al librero se le condena por libelo criminal sin su conocimiento del contenido [...] ello tenderá a restringir los libros que vende a los que ha inspeccionado, y de ese modo el Estado habrá impuesto una restricción a la distribución de literatura amparada por la Constitución así como de literatura obscena. [...] y la carga que pesa sobre el librero pesará entonces también sobre el público porque, al restringir al uno tam-

<sup>37</sup> El *Times* manifiesta que otras cuatro demandas de libelo basadas en el aviso ya han sido radicadas contra el periódico por otros que han sido concejales de la ciudad de Montgomery y por el gobernador de Alabama; que ya se ha dictado otra sentencia de \$ 500,000 en el único de estos casos que ya ha sido juzgado; y que el total de la indemnización por daños y perjuicios que se reclama en los otros tres asciende a \$ 2,000,000.

bién se restringe el acceso del otro al material de lectura [...] Su timidez ante la responsabilidad criminal absoluta tendería, pues, a restringir el acceso del público a formas de la palabra impresa que el Estado, actuando constitucionalmente, no podría suprimir directamente. La autocensura del librero, impuesta por el Estado, afectaría a todo el público, y el hecho de que sea autoadministrada no la hace menos virulenta. Esa autocensura impediría la distribución de todos los libros, obscenos o no (361 U.S. 147, 153-154)'.

”Una regla que obligase al crítico de la conducta oficial a garantizar la veracidad de todos los hechos que alega –y a hacerlo so pena de condenas por libelo de monto virtualmente ilimitado– lleva a una ‘autocensura’ comparable. El que se permita esgrimir la verdad como defensa, cuando la obligación de demostrar la verdad recae sobre el demandado, no significa que lo único que se previene es la expresión falsa. Hasta los tribunales que aceptan esta defensa como garantía adecuada han reconocido la dificultad de aducir pruebas legales de que el supuesto libelo era cierto en todos los detalles de sus hechos. Según esa regla, los que consideren criticar la conducta oficial pudieran optar por no hacerlo, aun cuando creyesen que su crítica es cierta –y en efecto lo fuese– porque acaso duden de poderlo demostrar ante el tribunal o porque temen el costo de tenerlo que hacer. Tienden a hacer únicamente manifestaciones que ‘se mantienen bien lejos de la zona ilícita’. Speiser contra Randall, 357 U.S. 526. La regla, pues, apaga el vigor y limita la variedad del debate público. Es incompatible con la Primera y con la Decimocuarta Enmienda.

”Creemos que las garantías constitucionales exigen una regla federal que le prohíba al funcionario público recibir daños por concepto de falsedades difamatorias relativas a su conducta oficial, a menos que demuestre que tal aseveración se hizo con ‘real malicia’, es decir, con conocimiento de que era falsa, o con indiferencia temeraria por determinar si lo era o no. Una formulación, frecuentemente citada, de una regla pa-

recida que ha sido adoptada por varios tribunales estatales, aparece en el caso de Kansas de Coleman contra MacLennan, 78 711, 98 P. 281 (1908). El procurador general de Kansas, candidato a la reelección, y miembro de una comisión estatal encargada de la administración y el control del fondo escolar estatal, demandó al editor de un periódico por supuesto libelo en un artículo en que se exponían hechos relativos a una transacción del fondo escolar estatal. El demandado invocó su privilegio, y el juez de primera instancia, a pesar de las objeciones del querellante, le indicó al jurado que 'cuando se publica un artículo y se lo hace circular entre los votantes con el propósito de comunicar lo que el demandado cree que es información veraz sobre un candidato a un cargo público y con el propósito de hacer posible que esos votantes emitan su sufragio de manera más inteligente, y todo se hace de buena fe y sin malicia, el artículo se tiene por privilegiado, aun cuando los hechos contenidos en él puedan ser inciertos y denigrantes para el querellante; en ese caso, el querellante tiene la obligación de demostrar que hubo malicia expresa en la publicación del artículo'.

"En respuesta a una pregunta especial, el jurado determinó que el demandante no había probado real malicia y pronunció veredicto general en favor del demandado. En la apelación, la Corte Suprema de Kansas, en fallo del magistrado ponente Burch, hizo el siguiente razonamiento:

"Es de la mayor consecuencia que los ciudadanos discutan el carácter y las calificaciones de los que aspiran a sus votos. La importancia para el Estado y la sociedad de tales discusiones es tan vasta, y las ventajas que de ellas manan son tan considerables, que compensan con creces los inconvenientes de los particulares cuya conducta pudiera estar en cuestión, y el daño ocasional que puedan sufrir las reputaciones personales debe ceder paso al bienestar público, por grandes que esos daños puedan ser en algunos casos. El beneficio que el público recibe de la publicidad es tan grande, y la probabilidad

de lesionar la reputación privada tan pequeña, que tal discusión debe ser privilegiada’.

”La Corte ratificó así las instrucciones del tribunal de primera instancia por considerarlas expresión correcta de la ley y dijo:

‘En tal caso, la ocasión da lugar a un privilegio, calificado en esta medida: todo el que alegue haber sido difamado por la comunicación debe probar real malicia o, de lo contrario, no obtendrá desagravio. Este privilegio se extiende a una gran variedad de temas y abarca asuntos de interés público, hombres públicos, y candidatos’.

“Ese privilegio de que goza la crítica de la conducta oficial es apropiadamente análogo al que ampara al funcionario público cuando un particular lo demanda por libelo. En *Barr contra Matteo*, 360 U.S. 564, 575, esta Corte mantuvo que las expresiones de los funcionarios federales eran absolutamente privilegiadas si se hacían ‘dentro del perímetro externo’ de sus deberes. Los Estados otorgan la misma inmunidad a las expresiones de sus más altos funcionarios, aunque algunos distinguen entre sus funcionarios menores y limitan el privilegio de que disfrutan. Pero todos mantienen que todos los funcionarios están amparados, a menos que pueda probarse real malicia. Se dice que la razón del privilegio oficial es que, de no existir, la amenaza de demandas por daños y perjuicios ‘cohibiría la administración intrépida, vigorosa y efectiva de las normas del gobierno’ y ‘apagaría los bríos de todos salvo los más resueltos —o los más irresponsables— en el fiel e intrépido cumplimiento de sus deberes’. *Barr contra Matteo*, supra, 360 U.S., 571. Consideraciones análogas dan pie a este privilegio del ciudadano—crítico. Porque tanto es su deber criticar como lo es el del funcionario administrar. Véase *Whitney contra California*, 274 U.S. 357, 365 (opinión concurrente del Sr. Magistrado Brandeis). Como dijo Madison, ‘el poder de censura lo ejerce el pueblo sobre el gobierno, y no el gobierno sobre el pueblo’. Los servidores públicos tendrían una preferencia injustificada

con respecto al público a que sirven si los críticos de la conducta oficial no tuviesen un equivalente adecuado de la inmunidad que se les concede a los funcionarios.

Concluimos que la Primera y la Decimocuarta Enmienda requieren ese privilegio.

### III

”Mantenemos hoy que la Constitución delimita la facultad de los Estados de conceder daños y perjuicios por libelo en acciones intentadas por funcionarios públicos contra críticos de su conducta oficial. Por cuanto esta demanda es de esa clase<sup>38</sup>, la regla que exige prueba de real malicia debe aplicarse. Si bien la ley de Alabama al parecer exige prueba de real malicia para que se puedan conceder daños ejemplares, en lo

<sup>38</sup> No tenemos ocasión aquí de determinar hasta qué nivel de los estratos inferiores de los empleados públicos alcanza la designación de “funcionario público” a los efectos de esta regla, ni tampoco de especificar las categorías de personas que estarían o no regidas por ella. Cf. *Barr contra Matteo*, 360 U.S. 564, 573-575. Ni tampoco precisamos determinar aquí los linderos del concepto de “conducta oficial”. Basta para el presente caso con que el cargo del apelado, que es el de concejal municipal electo, no deja lugar a duda de su condición de funcionario público, y que las alegaciones hechas en el aviso tenían que ver con lo que supuestamente fue su conducta oficial como concejal encargado del Departamento de la Policía. En lo que atañe a las aseveraciones relativas a las agresiones contra el Dr. King y los atentados dinamiteros perpetrados contra su casa, no importa que no se considere que tengan que ver con la conducta oficial del apelado si a él mismo se le hubiese acusado de llevar a cabo las agresiones y los atentados dinamiteros. El apelado no alega que esas aseveraciones lo acusaron de haber cometido personalmente esos actos; lo que alega es que el aviso lo relaciona con ellas únicamente en su capacidad oficial de concejal encargado de la policía, basándose en la teoría de que la policía pudiera ser esos “Ellos” que perpetraron las agresiones y los atentados dinamiteros. Por consiguiente, si puede interpretarse que estas aseveraciones se refieren al apelado, es preciso interpretarlas como descripciones del cumplimiento de sus deberes oficiales.

que respecta a los daños ordinarios la malicia se 'presume'. Esa presunción es incompatible con la regla federal. 'La facultad de crear presunciones no es un medio de escapar de las restricciones constitucionales', *Bailey contra Alabama*, 219 U.S. 219, 239; 'la prueba de malicia que se precisa para la pérdida del privilegio no se presume sino que, antes bien, el querellante tiene que probarla...'. *Lawrence contra Fox*, 357 Mich. 134, 146, 97 N.W. 2d 719, 725 (1959). Por cuanto el juez de primera instancia no le indicó al jurado que debía distinguir entre daños ordinarios y daños ejemplares, es posible que el veredicto haya consistido totalmente en los unos o en los otros. Por esta incertidumbre es menester anular la sentencia y devolver el caso a los tribunales inferiores. *Stromberg contra California*, 283 U.S. 359, 367-368; *Williams contra Carolina del Norte*, 317 U.S. 287, 391-292; véanse *Yates contra Estados Unidos*, 354 U.S. 298, 311-312; *Cramer contra Estados Unidos*, 325 U.S. 1, 36, n. 45.

"Por cuanto el apelado pudiera intentar un nuevo juicio, estimamos que, en aras de la administración efectiva de la justicia, tenemos que revisar las pruebas que obran en autos para determinar si pudieran, constitucionalmente, servir de fundamento a una sentencia en favor del apelado. El deber de la Corte no se circunscribe a la elaboración de principios constitucionales; en los casos apropiados también tenemos que revisar las pruebas para cerciorarnos de que esos principios se han aplicado constitucionalmente. Este es uno de esos casos, especialmente habida cuenta de que la cuestión tiene que ver con la supuesta infracción de 'la línea que separa las expresiones incondicionalmente garantizadas de las expresiones que pudieran regularse legítimamente'. *Speiser contra Randall*, 357 U.S. 513, 525. En los casos en que es preciso trazar esa línea, la regla es que tenemos que 'examinar nosotros mismos las aseveraciones en disputa y las circunstancias en que se hicieron para ver [...] si fueron de una índole tal que quedan protegidas por la Primera Enmienda, adoptada por la cláusula de garan-



tías procesales de la Decimocuarta Enmienda'. Pennekamp contra Florida, 328 U.S. 331, 115; véanse también Sunshine Book Co. contra Summerfield, 335 U.S. 372. Tenemos que 'hacer un examen independiente de la totalidad de los autos' para asegurarnos de que la sentencia no constituya intromisión vedada en el campo de la libertad de expresión<sup>39</sup>.

"Aplicando estas normas, consideramos que las pruebas que se presentaron para demostrar real malicia carecen de la claridad convincente que la pauta constitucional exige y que, por consiguiente, no podrían sustentar constitucionalmente la sentencia en favor del apelado. La discusión huelga en lo referente a las personas físicas apelantes. Aun suponiendo que se pudiera determinar constitucionalmente que autorizaron la publicación de sus nombres en el aviso, no hubo prueba alguna de que estuvieran al tanto de errores en su texto ni de que hubiesen actuado temerariamente. La sentencia contra ellos carece, pues, de fundamento constitucional.

"Con respecto al *Times*, asimismo concluimos que los hechos no dan pie a la determinación de real malicia. La aseveración del secretario del *Times*, que dijo que, dejando a un lado lo que se dijo sobre el comedor cerrado con candado, el aviso,

<sup>39</sup> La Séptima Enmienda no impide, como pretende el apelado, que realicemos ese examen. Esa enmienda, que establece que "ningún hecho juzgado por un jurado será reexaminado de otro modo en ningún tribunal de los Estados Unidos excepto de acuerdo con las reglas del derecho común", es aplicable a los casos estatales que vienen ante nosotros. *Chicago B & Q.R. Co. contra Chicago*, 166 U.S. 226, 242-243; cf. *Los Magistrados contra Murray*, 9 Wall, 274. Pero su prohibición de la reconsideración de los hechos no nos impide determinar si las reglas que gobiernan el derecho federal se han aplicado debidamente a los hechos. "Esta Corte analizará las determinaciones de hecho de los tribunales estatales [...] en los casos en que una conclusión de derecho relativa a un derecho federal y una determinación de hechos estén tan entremezcladas que, a fin de dictaminar sobre la cuestión federal, sea necesario analizar los hechos". *Fiske contra Kansas*, 274 U.S. 380, 385, 386. Véase también *Haynes contra Washington*, 373 U.S. 503, 515-516.

en su opinión, era ‘sustancialmente correcto’, no da fundamento constitucional a la conclusión de la Corte Suprema de Alabama de que el periódico ‘ignoró con desenfado la falsedad del aviso de la que el jurado tuvo que haber advertido la mala fe del *Times* y la malicia que de esa mala fe puede inferirse’. La aseveración no indica malicia en el momento de la publicación; aun cuando el aviso no haya sido ‘sustancialmente correcto’ —a pesar de que las propias pruebas del apelado tienden a demostrar que sí lo era—, esa opinión, al menos, era razonable, y la buena fe del testigo que la sustentó no se puso en tela de juicio. El hecho de que el *Times* no se haya retractado cuando el apelado le pidió que lo hiciera, aunque posteriormente sí se retractó a solicitud del gobernador Patterson, tampoco es prueba adecuada de malicia a los efectos constitucionales. Independientemente de que el no retractarse pudiera llegar a constituir tal prueba, hay dos razones por las que no lo es en este caso. Primeramente, la carta del *Times* indicaba una duda razonable de su parte ante la posibilidad de que pudiera interpretarse como referencia al apelado. Y, en segundo lugar, no era una negativa tajante y definitiva, por cuanto solicitaba una explicación al respecto, una solicitud que el apelado prefirió desconocer. Tampoco puede aducirse que la retractación a solicitud del gobernador aporta las pruebas necesarias. Es dudoso que el hecho de no haberse retractado, que de por sí no es prueba de malicia, pueda llegar a serlo retroactivamente en virtud de una retractación posterior hecha a solicitud de un tercero. Pero, de todos modos, eso no fue lo que sucedió aquí, por cuanto la explicación que dio el secretario del *Times* de la distinción entre el apelado y el gobernador era razonable y su buena fe no se puso en tela de juicio.

”Por último, hay pruebas de que el *Times* publicó el aviso sin verificar su exactitud con los artículos noticiosos que obraban en sus propios archivos. Desde luego, la mera presencia de esos artículos en los archivos no establece que el *Times* ‘supiera’ que el aviso era falso, por cuanto el estado mental que se

precisa para que haya real malicia tendría que probarse en las personas del *Times* que fueron responsables de la publicación del aviso. Con respecto al hecho de que esas personas no verificaron el contenido del aviso, los autos demuestran que se llevaron de la buena reputación de muchos cuyos nombres prohijaban el aviso, y de la carta de A. Philip Randolph, persona a quien reputaban de responsable, que daba fe de que los nombres se habían utilizado con la autorización de los nombrados. Se presentó testimonio que demuestra que las personas que manejaron el aviso no vieron en él nada que lo hiciera inaceptable a la luz de la política del *Times* de rechazar avisos que contienen ‘ataques de índole personal’<sup>40</sup>; el hecho de que, habida cuenta de estas circunstancias, no lo hayan rechazado es razonable. Creemos que las pruebas contra el *Times* dan pie, cuando más, a una determinación de negligencia por no haber descubierto los errores de hecho, y es constitucionalmente insuficiente para probar la temeridad que se precisa para sustentar un fallo de la real malicia.

”También pensamos que las pruebas eran deficientes constitucionalmente en otro aspecto: no bastaban para dar pie a la determinación del jurado de que las aseveraciones supuestamente difamatorias ‘eran del apelado y acerca de él’. El apelado se lleva de las palabras del aviso y del testimonio de seis testigos para establecer una relación entre aquél y él. En su memorial a esta Corte, alega:

‘La referencia al apelado como concejal encargado de la policía es clara en el aviso. Además, el jurado oyó el testimo-

<sup>40</sup> El *Times* ha recogido en un folleto sus “Normas de Aceptabilidad Publicitaria”. Entre las clases de anuncios que el periódico no acepta se encuentran los avisos que son “fraudulentos o engañosos”, que son “ambiguos en su terminología y [...] pudieran llevar a error” y que contienen “ataques de índole personal”. En absolución de las posiciones articuladas por el apelado antes del juicio, el secretario del *Times* indicó que “por cuanto el aviso no hacía ataques de índole personal contra nadie y, por lo demás, satisfacía las normas de aceptabilidad publicitaria promulgadas”, su publicación había sido aprobada.

nio de un director de periódico [...]; un agente inmobiliario y de seguros [...]; el gerente de ventas de una tienda de ropa de hombre [...]; un vendedor de equipos para restaurantes [...]; el administrador de una estación de servicio [...]; y el administrador de una línea de camiones en la que el apelado había trabajado antes [...]. Cada uno de estos testigos dijo que relacionaba las aseveraciones en el aviso con el demandado [...].

”El aviso no hizo referencia al apelado, ni por su nombre ni por su cargo oficial. Varias de las presuntas aseveraciones difamatorias —que el comedor se había cerrado con candado y que se había perpetrado un atentado dinamitero contra la casa del Dr. King— ni siquiera tenían que ver con la policía; a pesar de la ingeniosidad de los argumentos que ven esa conexión en la palabra ‘Ellos’, es palmario que estas aseveraciones no podían interpretarse razonablemente como acusaciones contra el apelado atribuyéndole involucramiento personal en los hechos en cuestión. Las aseveraciones que el apelado dice principalmente que se refieren a él son las dos alegaciones que sí tienen que ver con la policía o con funciones policíacas: que ‘camiones repletos de policías [...] rodearon el campus de la Universidad Estatal de Alabama’ después de la manifestación en la escalinata del capitolio estatal, y que al Dr. King se lo había ‘detenido [...] siete veces’. Estas aseveraciones eran falsas únicamente en que la policía había sido ‘desplegada en las cercanías’ del campus pero no lo había ‘rodeado’ y no había acudido a él con motivo de la manifestación en el capitolio estatal, y en que el Dr. King había sido detenido únicamente cuatro veces. La determinación de que estas discrepancias entre lo que era cierto y lo que se dijo bastaban para lesionar la reputación de Sullivan podría de por sí plantear problemas constitucionales, pero no es menester considerarlos aquí. Aunque puede suponerse que las aseveraciones se refieren a la policía, ni siquiera hacen una referencia personal oblicua al apelado. El apoyo de esa supuesta referencia debe buscarse, pues, en el testimonio de los testigos del apelado. Pero ninguno de ellos

sugirió ningún fundamento para creer que el apelado había sido atacado en el aviso, salvo el hecho escueto de que estaba a cargo del Departamento de Policía y, por consiguiente, tenía responsabilidad oficial por la conducta de la policía; en la medida en que algunos de los testigos creyeron que al apelado se lo había acusado de ordenar o aprobar esa conducta, o de haber estado personalmente envuelto en ella, su opinión no se basaba en ninguna aseveración hecha en el aviso ni en ninguna prueba de que, en efecto, hubiera estado envuelto, sino solamente en la suposición infundada de que, habida cuenta de su posición oficial, debió haberlo estado<sup>41</sup>. La Corte Suprema de

<sup>41</sup> El testimonio del propio apelado fue: “Como concejal encargado de los asuntos públicos, es parte de mi deber supervisar el Departamento de Policía y ciertamente estimo que lo que se ha dicho se relaciona conmigo cuando describe actividades policíacas”. Pensó que “en virtud del hecho de ser concejal encargado de la policía y concejal encargado de los asuntos públicos”, estaba a cargo de “toda actividad por parte del Departamento de Policía”. “Cuando el aviso describe las actividades de la policía, ciertamente creo que me atañe a mí en mi capacidad personal”. Añadió: “Tengo la impresión de que no sólo me desprestigio a mí sino que también desprestigio a los demás concejales y a la comunidad”.

Grover C. Hall testificó que el tercer párrafo del aviso le hacía pensar en “el gobierno de la ciudad –los concejales–” y que “ahora que usted lo pregunta, pensaría un poco más en el concejal encargado de la policía, porque su responsabilidad es exclusivamente con la fuerza de orden público”. Fue “la oración sobre el hambre” la que le hizo establecer esa asociación; “lo otro no hizo mayor impacto en mí”.

Arnold D. Blackwell testificó que en su mente relacionó el tercer párrafo con “el concejal encargado de la policía y la fuerza de policía. La gente de la policía. “Si hubiese creído lo que el aviso decía sobre el comedor y cómo se le cerró con candado, habría pensado “que la gente en nuestra policía o los jefes de nuestra policía actuaban sin su jurisdicción y no serían competentes para el cargo”. “Supondría que el concejal había mandado a la policía a hacerlo y, por lo tanto, habría sido responsabilidad suya”.

Harry W. Kaminsky relacionó lo que el aviso decía sobre “camiones repletos de policías” con el apelado “porque él es el concejal encargado de la policía”. Pensó que la referencia a detenciones en el sexto párrafo “implica a la policía, me parece, o a las autoridades que lo harían arrestar a la gente por exceso de velocidad o por vagancia o por cosas por el estilo”. Cuando se le

Alabama hizo explícito este apoyo en el mero hecho de la posición oficial del apelado. Al mantener que el tribunal de primera instancia ‘no erró cuando desestimó la objeción del *Times* en lo relativo a que el material difamatorio no era del demandante y acerca de él’, esa Corte basó su determinación en la tesis de que:

‘Creemos que es de todos sabido que la persona común y corriente sabe que los agentes municipales como la policía, los bomberos y otros, están bajo el control y la dirección del gobierno municipal y, específicamente, bajo la dirección y el control de un solo concejal. Al evaluar la actuación o las deficiencias de tales grupos, la alabanza o la crítica suele atribuir-

---

preguntó si relacionaría con el apelado un informe periodístico de que la policía “había golpeado o agredido a alguien en las calles de Montgomery”, su respuesta fue: “Sigo diciendo que él es el concejal encargado de la policía y que esos hombres trabajan directamente bajo sus órdenes y, por consiguiente, pensaría que él tiene algo que ver con eso”. En general, dijo, “miro al Sr. Sullivan cuando veo el Departamento de Policía”.

H.M. Price, Sr., testificó que relacionaba la primera oración del tercer párrafo con el apelado porque “automáticamente considero que el concejal encargado de la policía de Montgomery habría tenido que aprobar, como persona, ese tipo de cosa”.

William M. Parker, Jr., testificó que relacionaba lo dicho en los dos párrafos con “los concejales de la ciudad de Montgomery” y por cuanto el apelado “era el concejal encargado de la policía”, “pensé primero en él”. Le dijo al abogado que le preguntaba: “Creo que si fuera usted el concejal encargado de la policía, yo habría pensado que el aviso se refería a usted”.

Horace W. White, ex patrono del apelado, testificó que lo que el aviso decía de “camiones repletos de policías” le había hecho pensar en el apelado “por ser el jefe del Departamento de Policía”. Cuando se le preguntó si había entendido que el aviso acusaba al propio apelado de haber rodeado el campus o de haber tenido escopetas o gases lacrimógenos, su respuesta fue: “Bueno, pensé que a su departamento se lo acusaba de eso, sí, señor. Según lo tengo entendido, él es el jefe del Departamento de Policía”. Añadió que la razón por la que no habría estado dispuesto a volver a contratar al apelado, si hubiese creído lo que el aviso decía, era “el hecho de que Sullivan le había permitido al Departamento de Policía hacer las cosas que el aviso dice que hizo”.

sela al funcionario que tiene el control absoluto de tal cuerpo'. 273 Ala., 674-675, 144 So. 2d, 39.

"Esta tesis supone insinuaciones alarmantes en lo referente a las críticas de la conducta oficial. Con sobrados motivos, 'ningún tribunal de última instancia en este país jamás ha fallado, ni tan siquiera sugerido, que el sistema norteamericano de jurisprudencia tiene cabida para las acusaciones por libelo contra el gobierno'. Esa tesis echaría a un lado este obstáculo al transmutar la crítica del gobierno, por impersonal que a primera vista parezca, en crítica personal —y, por lo tanto, en posible libelo— de los funcionarios que integran el gobierno. No hay alquimia jurídica que le permita a un Estado crear así una causa de acción contra una publicación que, como el propio apelado dijo refiriéndose al aviso, 'no sólo me desprestigio a mí sino que también desprestigio a los demás concejales y a la comunidad'. Planteando como plantea la posibilidad de que se castigue por su crítica a quien de buena fe critica al gobierno, la tesis en que se apoyaron los tribunales de Alabama asesta un golpe al meollo mismo de la libertad de expresión, un privilegio amparado por la Constitución<sup>42</sup>. Mantenemos que esa tesis no puede utilizarse constitucionalmente para establecer que un ataque a las actividades gubernamentales, que por lo demás sería impersonal, constituye libelo del funcionario responsable de esas actividades. Por cuanto esa fue la única tesis en que se apoyaron los tribunales, y por cuanto no se presentaron otras pruebas que relacionaran las aseveraciones

<sup>42</sup> En la medida en que esa tesis significa únicamente que lo dicho sobre la conducta de la policía difamó al apelado al criticar su capacidad para manejar el Departamento de Policía, los daños también están prohibidos en este caso por la doctrina del comentario justo. Por cuanto la Decimocuarta Enmienda exige que se reconozca el privilegio condicional de los errores de hecho cometidos de buena fe, es lógico que la defensa basada en ese principio también pueda esgrimirse para la expresión sincera de opiniones basadas en aseveraciones de hecho privilegiadas y veraces. Ambas defensas pueden ser derrotadas, desde luego, si el funcionario público prueba real malicia, lo que no se hizo en este caso.

en el aviso con el apelado, las pruebas fueron constitucionalmente insuficientes para sustentar la determinación de que las aseveraciones se referían al apelado.

”Se anula la sentencia de la Corte Suprema de Alabama y el caso se le devuelve a esa corte para otras diligencias que no sean inconsecuentes con esta sentencia.

”Anulada y devuelta”.

### **B) Voto de Black y Douglas**

El juez Black, al cual se adhirió el magistrado Douglas, manifestó:

“Concurro en anular esta sentencia de medio millón de dólares contra *The New York Times* y las cuatro personas naturales demandadas. Para anularla, la Corte determina que ‘la Constitución delimita la facultad de los Estados de conceder daños y perjuicios por libelo en acciones intentadas por funcionarios públicos contra críticos de su conducta oficial’. Baso mi voto en favor de la anulación en la creencia de que la Primera y la Decimocuarta Enmiendas no tan sólo ‘delimitan’ la facultad de los Estados de conceder daños a ‘funcionarios públicos contra críticos de su conducta oficial’, sino que prohíben por completo que los Estados ejerzan tal facultad. La Corte también determina que un Estado puede imponer daños a tales críticos si se puede demostrar que han obrado con ‘real malicia’. ‘Malicia’, aun de la manera en que la Corte la define, es un concepto elusivo y abstracto, difícil de probar y difícil de refutar. En el mejor de los casos, el requisito de probar malicia ofrece amparo etéreo y fugaz al derecho de discutir críticamente los asuntos públicos y ciertamente no constituye esa robusta protección que la Primera Enmienda consagra. A diferencia de la Corte, pues, voto en favor de la anulación basándome exclusivamente en que el *Times* y los demás demandados tenían el derecho constitucional, absoluto e incondi-



cional de publicar en el aviso del *Times* sus críticas de las dependencias oficiales y los funcionarios de Montgomery. No fundamento mi voto en favor de la anulación en que no se haya probado que las personas naturales demandadas firmaron el anuncio o en que su crítica del Departamento de la Policía haya ido dirigida al querellante Sullivan, que en ese entonces era el concejal de Montgomery encargado de supervisar la policía municipal; para los propósitos de esta opinión, doy por probados esos extremos. Tampoco me lleva a votar por la anulación la magnitud de la sentencia de medio millón de dólares, considerable como lo es. Si Alabama posee la facultad constitucional de aplicar sus leyes de libelo para imponerle daños a la prensa por criticar la manera en que los funcionarios públicos desempeñan o no desempeñan sus deberes, no tengo conocimiento de ninguna disposición de la Constitución Federal que expresa o implícitamente le prohíba al Estado determinar el monto de los daños.

”Pero esa sentencia de medio millón de dólares es prueba clara y contundente de que las leyes estatales de libelo amenazan la existencia misma de una prensa norteamericana lo suficientemente viril como para publicar puntos de vista poco populares sobre asuntos públicos y lo bastante atrevida como para criticar la conducta de los funcionarios públicos. Los hechos de este caso subrayan la inminencia y la enormidad de esa amenaza.

”Una de las cuestiones agudas y muy emotivas en este país resulta de los intentos por parte de muchas personas, incluso algunos funcionarios públicos, de continuar como mandamiento estatal la segregación de las razas en las escuelas públicas y otros sitios públicos, a pesar de nuestros varios fallos de que ese proceder estatal está prohibido por la Decimocuarta Enmienda. Montgomery es una de las localidades en que se ha manifestado hostilidad generalizada a la desegregación. Esta hostilidad ha alcanzado a veces a personas que favorecen la desegregación, particularmente los llamados

‘agitadores de fuera’, una expresión que puede hacerse extensiva a periódicos como el *Times*, que se publica en Nueva York. La escasez de testimonio que demuestra que el concejal Sullivan en efecto sufrió daños y perjuicios da a entender que estos sentimientos de hostilidad tuvieron tanto que ver con este veredicto por medio millón de dólares en su favor como la evaluación de los daños y perjuicios. Mirados de manera realista, los autos dan pie a la inferencia de que, lejos de sufrir daños, el prestigio político, social y económico del comisionado Sullivan probablemente haya sido favorecido por la publicación del aviso en el *Times*. Además, otro concejal ya ha logrado otra sentencia por libelo contra el *Times*, también por medio millón de dólares y también por el mismo aviso. En ese caso, el jurado nuevamente concedió el total que el querellante reclamaba. No hay razones para creer que no haya otras sentencias enormes como éstas acechando al *Times* o a cualquier otro periódico o empresa de comunicaciones que tenga la osadía de criticar a funcionarios públicos. De hecho, memoriales que tenemos ante nosotros nos indican que se encuentran pendientes en Alabama once demandas por libelo radicadas por funcionarios locales y estatales contra el *Times* en que se piden \$ 5,600,000, y cinco demandas del mismo tipo contra Columbia Broadcasting System que piden otros \$ 1,700,000. Además, esta técnica de hostigamiento y castigo de la prensa libre —ahora que se ha demostrado que es posible— no se limita en lo absoluto a casos con matices raciales; puede utilizarse en otros campos en que el sentimiento público pueda hacer de los periódicos locales y de fuera del Estado presa fácil de quienes andan a la caza de veredictos por libelo.

”En mi opinión, la Constitución Federal le ha hecho frente a este peligro mortal para la prensa de la única manera posible que no expone a la prensa libre a su destrucción —concediéndole a la prensa inmunidad absoluta de la crítica de la manera en que los funcionarios públicos desempeñan sus funciones. Véase *Barr contra Matteo*, 360 U.S. 564—. En mi opinión, las medidas temporales como las que la Corte ha adoptado no son

suficientes. Los autos de este caso no indican que la sentencia habría sido diferente cualesquiera que hubiesen sido las instrucciones del juez al jurado con respecto de ‘malicia’, ‘verdad’, ‘buenos motivos’, ‘fines justificados’ u otras fórmulas jurídicas que teóricamente amparen a la prensa. Tampoco indican los autos que ninguna de estas fórmulas legalísticas hubiera hecho que los tribunales inferiores anularan la sentencia de medio millón de dólares o redujeran su monto.

”Concuerdo con la Corte en que la Decimocuarta Enmienda hizo la Primera aplicable a los Estados. Ello significa para mí que, desde la aprobación de la Decimocuarta Enmienda, un Estado no tiene más poder que el gobierno federal para valerse de leyes civiles de libelo o de ninguna otra ley para imponer daños por tan sólo discutir asuntos públicos y criticar a funcionarios públicos. En mi opinión, Estados Unidos no tiene ningún poder para hacerlo. Esa era la opinión general que imperaba cuando se aprobó la Primera Enmienda y lo ha seguido siendo desde entonces. El Congreso jamás ha intentado impugnar esa opinión con la aprobación de leyes civiles de libelo. Sí aprobó, es cierto, la Ley de Sedición de 1798, que tipificó —como ‘libelo sedicioso’— la crítica de los funcionarios federales o del gobierno federal. Pero como correctamente lo señala la sentencia de la Corte, esa ley tuvo un final ignominioso y generalmente y por consenso se la ha tenido por violación absolutamente injustificable y muy lamentada de la Primera Enmienda. Por cuanto la Decimocuarta Enmienda ha hecho la Primera aplicable a los Estados, ésta no les permite a los Estados imponer daños por libelo, como tampoco se lo permite al gobierno federal.

”Me parece que interpretaríamos más fielmente la Primera Enmienda si mantuviésemos que, como mínimo, deja a los particulares y a la prensa en libertad de criticar a los funcionarios y de discutir los asuntos públicos con impunidad. Nuestra nación elige muchos de sus funcionarios más importantes; también lo hacen los Estados, los municipios, los condados y has-

ta muchos barrios. Estos funcionarios son responsables ante el pueblo por la manera en que desempeñan sus deberes. Si bien nuestra Corte ha mantenido que ciertas clases de expresiones y de escritos, como la 'obscenidad', Roth contra Estados Unidos, 354 U.S. 476, y las 'palabras pugnaces', Chaplinsky contra New Hampshire, 315 U.S. 568, no están amparadas por la Primera Enmienda, la libertad de hablar de los asuntos y de los funcionarios públicos es, sin duda alguna, como la Corte lo ha mantenido hoy, la clase de expresión que la Primera Enmienda ha querido siempre mantener en el campo del debate libre. Castigar el ejercicio de este derecho de discutir los asuntos públicos o multarlo con sentencias por libelo limita o clausura el debate de la clase que precisamente más se necesita. Supongo que esta nación puede vivir en paz sin demandas por libelo basadas en discusiones públicas de asuntos y funcionarios públicos. Pero dudo que un país pueda vivir en libertad cuando a su gente se la puede hacer sufrir física o económicamente por criticar a su gobierno, sus actos o sus funcionarios. Porque la democracia representativa deja de existir en el momento en que los funcionarios públicos son absueltos por algún medio de su responsabilidad para con quienes los han elegido; y ello sucede cuando a esos electores se les puede restringir de alguna forma la capacidad de expresar, escribir o publicar sus opiniones sobre cualquier medida pública o sobre la conducta de quienes la aconsejen o la ejecuten. Lo que yo considero la garantía mínima de la Primera Enmienda es el derecho incondicional de decir lo que uno quiera sobre los asuntos públicos.

"Lamento que la Corte no haya llegado a esta determinación, indispensable para proteger a nuestra prensa libre de la destrucción".

### **C) Voto de Goldberg y Douglas**

El juez Goldberg, al cual adhirió el magistrado Douglas, expresó:

“La Corte anuncia hoy una norma constitucional que prohíbe ‘que se indemnice a los funcionarios públicos por falsedades difamatorias relacionadas con su conducta oficial a menos que demuestren que lo que se dijo fue dicho con «real malicia», es decir, a sabiendas de que era falso o con indiferencia temeraria ante su falsedad’. La Corte determina así que la Constitución otorga a ciudadanos y periódicos un ‘privilegio condicional’ que da inmunidad por declaraciones erróneas y no maliciosas con respecto a los hechos de la conducta oficial de funcionarios gubernamentales. Sin embargo, el impresionante acopio de historia y jurisprudencia elaborado por la Corte confirma mi criterio de que la Constitución da más amparo al ciudadano y a la prensa en el ejercicio del derecho de crítica pública que el que les ofrece la norma de la Corte.

”En mi opinión, la Primera y la Decimocuarta Enmienda a la Constitución otorgan al ciudadano y a la prensa el derecho absoluto e incondicional de criticar la conducta oficial, a pesar del daño que pueda resultar de excesos y abusos. El preciado derecho norteamericano de ‘decir lo que se piensa’, cf. *Bridges contra California*, 314 U.S. 252, 270, sobre los asuntos y los funcionarios públicos precisa ‘latitud para sobrevivir’, *NAACP contra Button*, 371 U.S. 415, 433. Ese derecho no debe depender de la indagación que el jurado haga de los móviles del ciudadano o de la prensa. La teoría de nuestra Constitución es que todo ciudadano puede decir lo que piensa sobre cuestiones de interés público y que no se le puede impedir que hable o que publique sus opiniones porque los que controlan el gobierno crean que lo que se dice o se escribe es imprudente, injusto, falso o malicioso. En una sociedad democrática, el que dice actuar por los ciudadanos en capacidad ejecutiva, legislativa o judicial debe esperar que sus actos oficiales sean objeto de comentarios y críticas. Los tribunales no pueden, en mi opinión, amordazar o refrenar esa crítica a instancias de funcionarios públicos que la reputan de libelo.

”Se ha reconocido que el sistema norteamericano de jurisprudencia no tiene cabida para las acusaciones por libelo contra el gobierno. Estoy de pleno acuerdo. El gobierno, sin embargo, no es una abstracción; se compone de personas de carne y hueso, de gobernantes responsables ante los gobernados. En una sociedad democrática en que los hombres pueden libremente destituir con su voto a los que están en el poder, todo pronunciamiento crítico de las acciones gubernamentales es por necesidad un pronunciamiento ‘de los gobernantes y acerca de ellos’, y todo pronunciamiento crítico de la conducta oficial de los gobernantes es por necesidad un pronunciamiento ‘del gobierno y acerca del gobierno’. Para que la regla que postula que el libelo del gobierno no tiene cabida en nuestro sistema tenga auténtico significado, es preciso que el libelo de la conducta de los gobernantes tampoco encuentre acogida en nuestra Constitución.

”Tenemos que reconocer que estamos escribiendo sobre tabula rasa. Como la Corte observa, aunque ha habido ‘declaraciones de esta Corte en el sentido de que la Constitución no ampara las publicaciones difamatorias [...] ninguno de los casos mantuvo la utilización de las leyes de libelo con el fin de imponer sanciones a las expresiones críticas de la conducta oficial de funcionarios públicos’. Debemos actuar con suma cautela, pues, para proteger adecuadamente las libertades que consagran la Primera y la Decimocuarta Enmienda. Podría sugerirse que las declaraciones falsas, hechas deliberada y maliciosamente, carecen de valor aunque se acojan a la libertad de expresión. Pero ese argumento no responde a la pregunta que se plantea en este caso, que es si esa libertad de expresión —que todos estamos de acuerdo en que la Constitución ampara— puede salvaguardarse efectivamente con una regla que permita exigir responsabilidades de acuerdo con la evaluación que el jurado haga del ánimo de quien habla. Si a los ciudadanos se les pueden exigir responsabilidades por palabras duras que un jurado considere falsas y maliciosas, no puede haber

duda de que el debate público, la defensa de todo tipo de causa, se verá acotado. Y si los periódicos, al publicar avisos sobre cuestiones públicas, se arriesgan a incurrir en responsabilidades, tampoco cabe dudar que la capacidad de grupos minoritarios de lograr la publicación de sus puntos de vista sobre los asuntos públicos y de recabar apoyo para sus causas se verá seriamente mermada. Cf. *Farmers Educational & Coop. Union contra WDAY, Inc.*, 360 U.S. 525, 530. El fallo de la Corte demuestra concluyentemente el efecto paralizante de las leyes de libelo de Alabama en las libertades de la Primera Enmienda en lo que respecta a las relaciones raciales. Los colonos norteamericanos no estaban dispuestos —ni tampoco deberíamos estarlo nosotros— a correr el riesgo de que hombres que injurian y oprimen al pueblo con su administración y le provocan a quejarse y lamentarse tengan también la facultad de hacer de esas mismas quejas el fundamento de nuevas opresiones y nuevas acusaciones. Exigir responsabilidades por comentarios críticos sobre la conducta oficial, aunque sean erróneos o hasta maliciosos, serviría para resucitar la doctrina anacrónica de que los gobernados deben abstenerse de criticar a sus gobernantes.

”Nuestra experiencia nacional nos enseña que la represión engendra odio y ‘que el odio amenaza la estabilidad del gobierno’. *Whitney contra California*, 274 U.S. 357, 375. Debemos tener siempre presentes estas sabias palabras del magistrado presidente Hughes:

‘Imperativa es la necesidad de preservar inviolados los derechos constitucionales de libertad de expresión, libertad de prensa y libertad de reunión a fin de mantener la oportunidad de sostener discusiones políticas libres, con miras a que el gobierno pueda responder a la voluntad popular y que los cambios, si se los desea, se puedan lograr por medios pacíficos. En ello estriba la seguridad de la república, el fundamento mismo del gobierno constitucional’. *De Jonge contra Oregon*, 299 U.S. 353, 365.

”Esto no quiere decir que la Constitución proteja las expresiones difamatorias dirigidas contra la conducta privada de un funcionario público o un ciudadano particular. La libertad de prensa y de expresión asegura que el gobierno responderá a la voluntad popular y que los cambios se podrán lograr por medios pacíficos. La difamación exclusivamente privada no tiene mucho que ver con los fines políticos de la sociedad que se gobierna a sí misma. La exigencia de responsabilidades por la difamación privada no restringe la libertad de la expresión pública<sup>43</sup>. Esto no puede decirse, desde luego, en casos ‘que conciernen a funcionarios públicos o en que hay cuestiones públicas envueltas [...]’. Una importante función de la Primera Enmienda es garantizar que exista amplia oportunidad de determinar y resolver las cuestiones públicas. Cuando de cuestiones públicas se trata, la dudas deben resolverse en favor de la libertad de expresión y no en contra de ella’. Douglas, *The Right of the People* (El Derecho del pueblo), 1958, p. 41. En muchas jurisdicciones, legisladores, jueces y funcionarios ejecutivos gozan de inmunidad absoluta de toda responsabilidad por expresiones difamatorias vertidas en el desempeño de sus deberes públicos. Véase, v. gr, Barr contra Matteo, 360 U.S. 564. El juez Learned Hand resumió felizmente las consideraciones en que se basa la regla:

‘Valga decir, desde luego, que el funcionario que en efecto es culpable de utilizar sus facultades para dar rienda suelta a

<sup>43</sup> En muchos casos, como el que ahora tenemos ante nosotros, no existe mayor dificultad en distinguir las expresiones difamatorias relativas a la conducta privada de las que tienen que ver con la conducta oficial. Reconozco, desde luego, que siempre habrá una zona gris en que ese deslinde no resulta fácil. Pero las dificultades que pueda presentar la aplicación de esta distinción entre lo público y lo privado son ciertamente de índole diferente de la determinación de lo que constituye malicia. Si la norma constitucional ha de quedar determinada por el concepto de malicia, el que habla se expone no sólo a que el jurado interprete erróneamente su ánimo sino a que tampoco aplique debidamente la norma constitucional establecida por ese alusivo concepto de malicia.



la cólera a expensas de otros, o por cualquier otro motivo personal que no se relacione con el bien público, no debe escapar de la responsabilidad por las lesiones que cause con su comportamiento; y si en la práctica fuese posible limitar esas quejas a los culpables, sería infame negar la compensación. La justificación para hacerlo es que es imposible saber si la reclamación es bien fundada hasta que el caso ha sido juzgado, y que imponer a todos los funcionarios, a los inocentes tanto como a los culpables, la onerosa carga de un juicio y el peligro inevitable de su resultado, apagaría los bríos de todos salvo los más resueltos —o los más irresponsables— en el fiel e intrépido cumplimiento de sus deberes. El interés público exige una y otra vez medidas que pudieran estar basadas en el error y que acaso hicieran difícil que el funcionario lograra convencer a un jurado de su buena fe. Tiene que haber algún medio de castigar a los funcionarios públicos prevaricadores, pero eso es bien distinto de exponer a quienes han errado de buena fe a las demandas de los que han sufrido por sus errores. Como frecuentemente sucede, la solución debe buscarse en un equilibrio entre los males inevitables de ambas opciones. En este caso se ha juzgado mejor, en definitiva, dejar sin satisfacción los agravios de funcionarios deshonestos que someter a los que se esfuerzan por cumplir con su deber al temor constante de las represalias [...].

Las decisiones, en efecto, siempre han impuesto como limitación de la inmunidad que el acto del funcionario haya caído dentro de los linderos de sus facultades; puede alegarse que las facultades oficiales, por cuanto existen únicamente para el bien público, nunca amparan ocasiones en que el bien público no es su propósito y, por consiguiente, que el ejercicio deshonesto de alguna facultad supone, por necesidad, un desmán. La más breve reflexión basta para advertir, sin embargo, que tal no puede ser el significado de la limitación, por cuanto ello daría al traste con toda la doctrina. Lo que se quiere decir cuando se afirma que el funcionario debe actuar en cumpli-

miento de sus deberes no puede ser más que señalar que la ocasión ha de haber justificado su acto si hubiese utilizado sus facultades para cualquiera de los propósitos para los que se le concedieron...’.

”Si el funcionario público debe ser inmune a las acciones de libelo de manera que no se apaguen sus bríos en el cumplimiento de sus deberes y no se inhíba ‘la administración intrépida, vigorosa y efectiva de las normas del gobierno’, Barr contra Matteo, el ciudadano y la prensa también deben ser inmunes a las acciones de libelo por sus críticas de la conducta oficial. Sus bríos cívicos no se apagarán y estarán en libertad de ‘aplaudir o criticar la manera en que los empleados públicos realizan sus trabajos, desde el menos hasta el más importante’<sup>44</sup>. Si la crítica política incurre en responsabilidades porque lesiona la reputación de un funcionario público como funcionario público, ningún ciudadano puede atreverse a decir nada que no sean pálidos elogios del gobierno o de sus funcionarios. La crítica vigorosa por la prensa y el ciudadano de la conducta del gobierno de turno por los funcionarios de turno pronto dará paso al silencio si los funcionarios que mandan en las dependencias públicas pueden, en vez de responder a las críticas, recurrir a jurados favorables para que prevengan esas críticas de su conducta oficial.

”La conclusión de que la Constitución otorga al ciudadano y a la prensa el privilegio absoluto de criticar la conducta oficial no deja inerte al funcionario público ante las opinio-

<sup>44</sup> El Sr. Magistrado Black, opinión concurrente en *Barr contra Matteo*, 360 U.S. 564, 577, observó: “El funcionamiento efectivo de un gobierno libre como el nuestro depende en gran medida de la fuerza de la opinión pública informada. Ello exige el mayor entendimiento posible de la calidad del servicio gubernamental que prestan todos los funcionarios y empleados públicos, tanto electos como nombrados. Ese entendimiento depende, claro está, de la libertad que exista para aplaudir o criticar la manera en que los empleados públicos realizan sus trabajos, desde el menos hasta el más importante”.

nes infundadas o las falsedades deliberadas. ‘En nuestro sistema de gobierno, la refutación y la educación son las armas con que se cuenta para esclarecer estas cuestiones, no la limitación [...] de la libertad de expresión [...]’. Wood contra Georgia, 370 U.S. 375, 389. No hay duda de que los funcionarios públicos tienen tanto acceso a los medios de comunicación como la mayoría de los ciudadanos particulares y tal vez mucho más. De todos modos, y sin embargo de la posibilidad de que algunos excesos y abusos no puedan remediarse, debemos reconocer que ‘el pueblo de este país ha dispuesto, a la luz de la historia, que, a pesar de la probabilidad de que se cometan excesos y abusos, estas libertades son, a largo plazo, esenciales para la opinión esclarecida y la conducta correcta de los ciudadanos de una democracia’. Cantwell contra Connecticut, 310 U.S. 296, 310. Como el Sr. Magistrado Brandeis observó tan acertadamente, ‘la luz del sol es el más potente de todos los desinfectantes’.

”Por estas razones, creo firmemente que la Constitución otorga a los ciudadanos y a la prensa la libertad incondicional de criticar la conducta oficial. Es corolario necesario, pues, que en casos como éste, en que todos están de acuerdo en que las presuntas expresiones difamatorias tuvieron que ver con la conducta oficial, las sentencias de libelo no encuentren sostén en la Constitución”.



## V COMENTARIO

Representando la posición de la mayoría, Brennan analizó los dos argumentos empleados para impedir que el fallo de los tribunales de Alabama fuera examinado conforme a los principios constitucionales. El primero de ellos, que la Enmienda XIV se dirige contra la acción estatal y no contra la de los particulares era improcedente porque los tribunales de Alabama aplicaron una regla de derecho local que impone restricciones a la libertad de prensa. No importaba que esa ley se hubiera aplicado en una acción civil y formara parte del common law.

El segundo argumento, que las garantías constitucionales en defensa de la libertad de palabra y de prensa eran inaplicables en este caso porque, al menos con respecto al *Times*, el texto de la solicitada fue publicado como parte de un aviso pago de carácter comercial, tampoco era aceptable. Se basaba este razonamiento en el caso *Valentine v. Chrestensen*<sup>45</sup>, en el que la Corte sostuvo que una ordenanza municipal que prohibía la distribución en la vía pública de publicidad comercial no violaba la Enmienda I. Ese fundamento era improcedente, porque la publicación no era un aviso comercial en el sentido asignado en ese fallo, ya que comunicaba información, expresaba opiniones, enunciaba agravios, protestaba contra presuntos abusos y solicitaba apoyo económico en nombre de un movimiento cuya existencia y objetivos son temas de interés público.

La extensión de la libertad de prensa a las publicaciones de índole onerosa fue avalada porque recibir un pago por publicar cierto aviso es tan irrelevante como lo es el hecho de que también se vendan los diarios y libros. Cualquier otra

<sup>45</sup> 316 U.S. 52. El propósito de la ordenanza municipal era preservar la limpieza en la vía pública.

conclusión provocaría cierta reticencia de parte de los diarios para publicar solicitadas, y podría cerrar una vía para la difusión de informaciones e ideas por parte de aquellos que no cuentan con otro acceso a los medios de prensa y que desean ejercer su libertad de palabra. Con ello se coartaría el propósito de la Enmienda I de asegurar la más amplia posible divulgación de informaciones.

Tras añadir que ni el error de hecho ni el contenido difamatorio son suficientes para privar de la protección constitucional a las críticas que se formulen a la conducta de los funcionarios públicos, destacó que la prohibición impuesta por la Enmienda I al Congreso Federal fue extendida a los Estados locales por la Enmienda XIV, de modo que lo que un Estado no puede, constitucionalmente, hacer por medio de una ley penal tampoco lo puede hacer mediante una ley civil sobre difamación escrita. El temor a las indemnizaciones por daños y perjuicios por una disposición como la invocada por los tribunales de Alabama, puede ser mucho más inhibitorio que el temor a ser procesado bajo una ley penal.

La ley estatal no adquiriría validez por permitir la prueba de la verdad. En la especie se debía admitir como defensa la buena fe con que se emitieron las declaraciones erróneas.

Sobre la base de tales argumentos, el juez Brennan precisó el contenido de la doctrina de la "real malicia": las garantías constitucionales requieren una norma federal que prohíba a un funcionario público ser indemnizado por razón de una manifestación inexacta y difamatoria referente a su conducta como tal a menos que pruebe que fue hecha con real malicia, es decir, con conocimiento de que era falsa o con una temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad. Cabe destacar que el juez Brennan citó como precedente de su formulación doctrinaria el caso "Coleman v. Mac Lennan", resuelto en última instancia por la Suprema Corte de Kansas.

En este último caso, el Tribunal, tras requerir la previa prueba de la inexactitud de la aseveración, agregó que todo

aquel que pretenda haber sido difamado por la expresión que cuestiona debe probar la real malicia o de lo contrario perder el derecho a la indemnización. Este privilegio se extiende a una gran variedad de materias e incluye asuntos de interés público, hombres públicos y candidatos a cargos oficiales.

Se establecían, así, las bases para la futura ampliación de la doctrina. Pero, simultáneamente, cabe advertir que la Suprema Corte de Kansas solamente aludió a la real malicia como sinónimo de dolo directo, excluyendo la hipótesis del dolo eventual o *reckless disregard*, que también aparece citada en el voto del juez Brennan.

Para avalar la razonabilidad de la solución propuesta, el magistrado señaló que la prerrogativa acordada a la crítica de la conducta de los funcionarios públicos es análoga a las razones de la protección concedida al funcionario público a quien un particular demanda por difamación. En *Barr v. Matteo*<sup>46</sup>, la Corte sostuvo que las expresiones de un funcionario público tienen un privilegio absoluto si son hechas dentro del amplio marco de sus atribuciones. La solución es que todos los funcionarios se encuentran protegidos a menos que se pruebe su real malicia. La razón de esta prerrogativa se debe a que, de otro modo, la amenaza de juicios por indemnización de daños inhibiría una vigorosa y efectiva administración de la política del gobierno. Análogas consideraciones fundamentan la prerrogativa del ciudadano que critica al gobierno, ya que es tan deber suyo criticar como deber del funcionario administrar. Se daría a los funcionarios públicos un privilegio injustificado sobre el pueblo al que sirven si quienes critican su desempeño no tuvieran una inmunidad equivalente a la que tienen los funcionarios.

La alternativa del dolo eventual o *reckless disregard* incorporada por el juez Brennan en modo alguno equivale a la culpa de la legislación civil argentina. Así, en el fallo se

<sup>46</sup> 360 U.S. 564.

explicitó que había pruebas que demostraban que el *Times* publicó el aviso sin efectuar un confronte con las notas periódicas de sus archivos. La mera existencia de dichas notas no significa que el *Times* conociera la falsedad de la solicitada, ya que el estado mental que implica la real malicia debe referirse a las personas de la organización del *Times* que eran responsables por la publicación de la solicitada. En cuanto a la omisión de tal verificación por esas personas, surge del hecho que ellas confiaron en el buen prestigio de muchas de las personas cuyos nombres figuraban entre los promotores del aviso. La prueba aportada en contra del *Times* justifica, como mucho, la conclusión de que éste fue negligente al no descubrir los errores, y eso resulta insuficiente para demostrar la temeridad que requiere la imputación de la real malicia.

En el voto del juez Black, al cual adhirió el juez Douglas, se formuló una severa crítica al voto de la mayoría, a pesar de propiciar también la revocatoria del fallo dictado contra *The New York Times*. Destacó que basaba su voto en la convicción de que las Enmiendas I y XIV no solamente limitan el poder de un Estado para otorgar una indemnización a un funcionario público y a cargo de quienes critican su conducta como tal, sino que prohíben por completo al Estado ejercitar tal poder. La real malicia aporta, en el mejor de los casos, una leve protección al derecho de examinar críticamente los asuntos públicos que es insuficiente a los fines de la vigorosa protección contenida en la Enmienda I. Añadió que el *Times* y los individuos demandados tenían un derecho constitucional absoluto e incondicional de publicar en la solicitada sus críticas a los organismos y funcionarios de la ciudad de Montgomery.

Tras puntualizar los riesgos a que estaba expuesta la libertad de prensa, destacó pragmáticamente que en Alabama había once juicios por difamación promovidos por funcionarios municipales y estatales contra el *Times* en los que se reclamaba un total de 5.600.000 dólares y cinco juicios similares contra la Columbia Broadcasting System por un total de 1.700.000



dólares. Por otra parte, esa técnica para hostigar y castigar a una prensa libre no se limita a casos con implicancias raciales, sino que puede usarse en otros campos donde se convertiría a los diarios en fácil presa para quienes procuran enriquecerse mediante condenas por difamación. En su opinión, la única manera posible para no dejarla desamparada —a la prensa— frente a la destrucción reside en concederle una inmunidad absoluta para las críticas acerca de cómo los funcionarios cumplen con sus deberes públicos.

Agregó que interpretaríamos más fielmente la Enmienda I sosteniendo que ella, como mínimo, permite a los individuos y a la prensa criticar libremente a los funcionarios y discutir los asuntos públicos con impunidad. Una democracia representativa deja de existir en el momento en que se absuelve, por cualquier medio, a los funcionarios públicos de la responsabilidad frente a sus mandantes, y esto sucede cada vez que puede impedirse a dichos mandantes pronunciar, escribir o publicar sus opiniones sobre cualquier medida pública o sobre la conducta de quienes la aconsejan o ejecutan. Un derecho incondicional de decir lo que a uno le agrada sobre los asuntos públicos sería la garantía mínima que establece la Enmienda I para preservar de la destrucción a la prensa libre.

Frente a la concepción conservadora de la mayoría de los integrantes del Superior Tribunal, el pensamiento de Black y Douglas refleja una postura liberal en orden no solamente a la relación entre el Estado y la prensa libre, sino a la relación entre la libertad de prensa y las restantes libertades del hombre cuando aquélla se manifiesta en una dimensión institucional.

En efecto, mientras que en el voto de la mayoría se aceptaba la viabilidad de aplicar sanciones al autor de expresiones difamatorias para un funcionario público, siempre que se acreditara la inexactitud y el dolo o la real malicia, en el voto de los jueces Black y Douglas la inmunidad para la libertad de expresión era absoluta y con prescindencia de la prueba de la verdad y de la real malicia.

Criterio similar al de estos dos últimos magistrados fue el que adoptó el juez Arthur Joseph Goldberg<sup>47</sup>, al cual también se adhirió el juez Douglas. Tras describir la conclusión a que había arribado la mayoría, Goldberg expresó que la Constitución otorga a la prensa y a los ciudadanos una mayor protección para el ejercicio de su derecho de crítica pública que el que proporciona el principio sentado por la mayoría. Las Enmiendas I y XIV de la Constitución acuerdan a la prensa y a los ciudadanos un privilegio absoluto e incondicional para criticar la conducta oficial, pese a los daños que puedan causar los excesos y abusos.

En síntesis, y conforme al voto de la mayoría, para que un medio de prensa o un particular sea responsable jurídicamente con motivo del ejercicio de la libertad de expresión cuando ella recae sobre el desempeño de sus funciones por un funcionario público, se requiere:

- 1) La prueba por el accionante de una manifestación difamatoria.
- 2) La prueba por el accionante sobre la inexactitud de la expresión.
- 3) La prueba por el accionante de que la emisión de la expresión fue hecha teniendo conocimiento de que era falsa (dolo directo) o con una temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad (dolo eventual), como expresión de una indiferencia egoísta sobre la producción del hecho lesivo. La prueba de una mera conducta culposa resulta insuficiente para afirmar aquella responsabilidad.

Por tal razón, la doctrina de la real malicia fue utilizada por la Suprema Corte con un significado totalmente distinto del concepto de *actual malice* emanado del *common law*. Abarca el dolo directo, pero excluye la simple negligencia o culpa, por más reprochable que pueda ser la conducta impregnada de esa negligencia o culpa.

<sup>47</sup> Goldberg integró la Suprema Corte entre 1962 y 1965.

Además, la temeraria despreocupación —*reckless disregard*— no define a una especie de “culpa grave o gravísima” sino al dolo eventual. Presupone la existencia de elementos objetivos que permiten acreditar que el autor, si bien no tenía conocimiento directo sobre la inexactitud de los datos aportados, era consciente de esa inexactitud por las circunstancias de hecho del caso concreto, y además disponía de los recursos que le permitían verificar, de manera inmediata y sin mayor esfuerzo, aquella inexactitud. Sin embargo, a pesar de ese estado de conciencia y a pesar de contar con los medios idóneos para corroborar la información, prescinde de ellos y decide exteriorizar los datos obrando con *reckless disregard*.

Tal fue el contenido asignado en esa oportunidad a la doctrina de la “real malicia”. Además, si bien en el caso concreto su aplicación se limitaba a la hipótesis de expresiones vertidas sobre un funcionario público, en el voto de la mayoría se destacó, implícitamente, su proyección a los casos en que se debaten “temas de gran preocupación e interés público”, “cuestiones públicas” y “críticas al gobierno”.

En cambio, para la minoría representada por los jueces Black, Douglas y Goldberg, tratándose de expresiones vertidas sobre funcionarios públicos o sobre temas institucionales o de interés público, la exención de responsabilidad jurídica para los medios de prensa y quienes ejercen la libertad de expresión debe ser absoluta, aunque se acredite la “real malicia”.

Corresponde destacar que tanto en la opinión de la mayoría como de la minoría, la doctrina de la “real malicia” o la absoluta exención de responsabilidad no se basaban sobre el common law, sino sobre los principios del derecho constitucional resultantes de las Enmiendas I y XIV de la Constitución, a los cuales debían adecuarse las normas emergentes del common law que regían en los estados de la Unión.



## VI EVOLUCION DE LA DOCTRINA

La génesis de la doctrina de la real malicia pone en evidencia que su contenido es esencialmente dinámico. Es una regla que oscila entre el voto mayoritario expuesto en “New York Times v. Sullivan”, y el voto minoritario de los jueces Black, Douglas y Goldberg.

Por otra parte, si bien la formulación de la doctrina fue hecha en el marco de un proceso civil, su aplicación fue extendida inmediatamente a las causas penales.

En los casos “Garrison v. Louisiana”<sup>48</sup> y “Ashton v. Kentucky”<sup>49</sup>, la Suprema Corte descalificó la validez constitucional de leyes locales que, con motivo de la tipificación objetiva y subjetiva atribuida a las figuras penales, impedían aplicar la doctrina de la real malicia.

En el primero, la ley de Louisiana determinaba la responsabilidad por la emisión de afirmaciones inexactas sobre un funcionario público realizadas sin una creencia razonable acerca de su verdad. Jim Garrison, fiscal en Orleans, había formulado severas críticas a la actuación de ciertos magistrados judiciales a quienes imputó estar sujetos a influencias proclives a la corrupción.

En el segundo, la ley de Kentucky definía el delito de libelo como todo escrito apto para producir disturbios, alterar la paz, corromper la moral pública o generar actos socialmente indeseables.

La Suprema Corte sostuvo en ambos casos que sólo el conocimiento fehaciente de la falsedad, o un estado de concien-

<sup>48</sup> 379 U.S. 64 de 1964.

<sup>49</sup> 384 U.S. 195 de 1966.

cia en el autor que le aseguraba esa falsedad, sin intentar corroborar su presunción subjetiva, cuando estaban a su alcance los elementos a tal fin, tornaban viable una sanción civil o penal.

Más tarde, en el caso “Beckley Newspapers v. Hanks”<sup>50</sup>, la Suprema Corte entendió que no había dolo eventual cuando solamente se prueban omisiones que pudieron responder a un error, o cuando el acusado realizó una investigación elemental sin resultados satisfactorios. Asimismo, en “St. Amant v. Thompson”<sup>51</sup>, la Suprema Corte destacó que la falta de verificación previa no constituye un acto temerario, y que el hecho de que un periodista no verificase un artículo antes de publicarlo en modo alguno presumía una indiferencia temeraria ante la verdad. En este caso, el juez Byron Raymond White<sup>52</sup> expresó que “la conducta temeraria no se mide determinando si una persona razonablemente prudente habría publicado la nota o si habría investigado su contenido antes de publicarla. Deben existir pruebas suficientes para arribar a la conclusión de que el periodista abrigó serias dudas en cuanto a la verdad de lo que publicaba”. El concepto de *reckless disregard* no se acredita mediante la prueba de cierta negligencia, sino de que el autor tuvo conciencia sobre la falsedad de la publicación.

De modo que, cualquiera sea la regulación normativa vigente en los Estados locales, ella debe permitir la aplicación del *standard* de la real malicia, tanto en materia civil como en materia penal. Tanto cuando se expresan hechos como cuando se emiten opiniones o ideas<sup>53</sup>. Todo ello como consecuencia de la necesaria subordinación de las leyes de fondo que dicten esos Estados a los principios de las Enmiendas I y XIV de la Constitución americana. Tanto el derecho legislado local como el *common law* están subordinados a la letra y a los principios que emanan de la Constitución.

<sup>50</sup> 389 U.S. 81 de 1967.

<sup>51</sup> 390 U.S. 727 de 1968.

<sup>52</sup> White integró la Suprema Corte entre 1962 y 1993.

<sup>53</sup> Anthony Lewis, *Ninguna ley*, pág. 137, ob. cit.

Cuando la Suprema Corte de los Estados Unidos consagró la doctrina de la real malicia, una estricta interpretación de ella circunscribía su aplicación a los casos en que se vertían expresiones inexactas sobre funcionarios públicos y con motivo del ejercicio de sus cargos. Sin embargo, tanto en el voto de la mayoría como en el de la minoría, resultaba claro el trato preferencial que correspondía dispensar a la libertad de expresión cuando se relacionaba con materias de interés público, y aunque involucraran a particulares.

La aplicación de la doctrina a los casos concernientes a funcionarios públicos generó la necesidad de precisar tal concepto. No había sido objeto de definición en los fallos de la Suprema Corte donde la condición de funcionario público del demandante era un hecho comprobado y ajeno al debate. Sin embargo, desde el presidente de la república hasta el más inferior en la escala jerárquica de los individuos que prestan servicios para el Estado y sus organismos son, en rigor, funcionarios públicos.

En “New York Times v. Sullivan”, la calificación fue aplicada a un comisionado policial. En “Garrison v. Louisiana”, a los magistrados judiciales. En este último caso se habían formulado graves imputaciones sobre la ineficiencia de los jueces; sobre el lapso prolongado que abarcaban sus períodos de vacaciones y licencias; sobre la reticencia a considerar debidamente las pruebas producidas en ciertas investigaciones; y hasta sobre la presunta complacencia y permeabilidad de los jueces a determinadas influencias. La Suprema Corte, al disponer la aplicación de la regla de la real malicia, consideró que toda crítica al desempeño de una función pública, como la judicial, necesariamente afectaba la vida privada de su titular, máxime cuando las críticas estaban relacionadas con su integridad y honestidad. Pero esa circunstancia en modo alguno justificaba apartarse de las reglas de la real malicia.

La necesidad de ofrecer una definición del concepto de funcionario público para la aplicación de la real malicia fue

satisfecha por la Suprema Corte al resolver el caso “Rosenblatt v. Baer”<sup>54</sup>. Destacó el Tribunal: “Hay, en primer lugar, un fuerte interés por el debate de los asuntos públicos y, en segundo lugar, un fuerte interés en el debate sobre las personas que están en una posición significativa para influir sobre las resoluciones que se adopten en tales asuntos públicos. La crítica al gobierno está en pleno centro de la razón constitucional que protege a la libertad de expresión. Por ende, la crítica de aquellos que son responsables por los actos del gobierno debe ser libre y desprovista de penalidades. Está claro que la definición de funcionario público abarca a todos aquellos que, revistiendo la jerarquía de empleados gubernamentales, tienen o aparentan tener ante el público una responsabilidad sustancial en la determinación o control de las conductas y actos que se tomen en los asuntos de gobierno”, y que “el cargo en el gobierno debe tener, o aparentar tener, la importancia suficiente como para que el público se interese por el desempeño de ese funcionario, sin perjuicio del interés genérico del público en calificar la actuación de todos los empleados gubernamentales”.

La definición es básicamente dinámica y está relacionada con las particularidades de cada caso concreto. No todos los empleados públicos son funcionarios públicos para la doctrina de la real malicia<sup>55</sup>. Muchas personas que se desempeñan en los niveles técnicos más inferiores de la jerarquía burocrática pueden quedar excluidas de esa categoría en el caso concreto<sup>56</sup>.

Pero cualquiera que sea el nivel, todo empleado público puede llegar a ser un funcionario público cuando, en el caso concreto, dispone de un poder discrecional en materias de interés público, y sin que importe si se trata o no de cargos electivos. Así, han sido considerados funcionarios públicos por

<sup>54</sup> 383 U.S. 75 de 1966.

<sup>55</sup> “Hutchinson v. Proxmire” (443 U.S. 86 de 1979).

<sup>56</sup> John E. Nowak y Ronald D. Rotunda, *Constitutional Law*, pág. 1095, West Publishing, Minnesota, 1995.



las particularidades de los hechos los integrantes de la policía y asesores gubernamentales<sup>57</sup>, los miembros de las legislaturas locales<sup>58</sup>, los magistrados judiciales<sup>59</sup>, y hasta los docentes de establecimientos educacionales debido a la función cívica que tienen en un gobierno representativo<sup>60</sup>.

La aplicación de la regla de la real malicia fue objeto de una extensión analógica a quienes son o aspiran ser candidatos a cargos públicos electivos. En el caso “Monitor Patriot Co. v. Roy”<sup>61</sup>, la Corte sostuvo, con referencia a tales candidatos, que ellos presentan íntegramente sus vidas al público bajo un aspecto lo más favorable posible para sus propósitos, de modo que virtualmente se diluye toda distinción entre la vida pública y la privada. “La principal actividad desplegada por un candidato en nuestro sistema político, tanto en su discurso como en la imagen que transmite, consiste en poner a disposición de los votantes todos los aspectos de su vida pública y de su vida privada, de una manera tal que estima apropiada para obtener el apoyo del electorado dejando una buena impresión. Un candidato que, por ejemplo, promociona su figura mediante la permanente exhibición de su esposa e hijos en ámbitos propios de la intimidad, difícilmente podrá argumentar que su calidad de esposo y de padre está reservada al espacio que constituye la vida privada que él se encargó de difundir. Asimismo, el candidato que promocionó los aspectos positivos de sus antecedentes que avalaban su integridad, mal puede agravarse cuando algún oponente o esforzado periodista se preocupa por demostrar lo contrario”.

<sup>57</sup> “Henry v. Collins” (380 U.S. 356 de 1965); “St. Amant v. Thompson” (390 U.S. 727 de 1968); “Time v. Pape” (401 U.S. 279 de 1971).

<sup>58</sup> “Greenbelt Cooperative v. Bresler” (398 U.S. 6 de 1970).

<sup>59</sup> “Garrison v. Louisiana” (379 U.S. 64 de 1964).

<sup>60</sup> “Ambach v. Norwick” (441 U.S. 68 de 1979); “Mc Donald v. Smith” (472 U.S. 479 de 1985).

<sup>61</sup> 401 U.S. 265 de 1971.

En una segunda etapa de su evolución dinámica, la regla de la real malicia fue extendida a los casos en que se suministraba información inexacta y agravante, no ya sobre funcionarios públicos sino sobre figuras públicas. En los casos “Curtis Publishing Co. v. Butts” y “Associated Press v. Walker”<sup>62</sup> que involucraban, respectivamente, a un famoso entrenador de *football* y a un prestigioso general retirado, la Suprema Corte resolvió aplicar la regla de la real malicia.

Los miembros de la Suprema Corte, al decidir el caso, se dividieron en tres grupos. Para los jueces John Marshall Harlan<sup>63</sup>, Tom Campbell Clark<sup>64</sup>, Abe Fortas<sup>65</sup> y Potter Stewart<sup>66</sup>, tratándose de figuras públicas, la procedencia de sus reclamos judiciales debía quedar sujeta a exigencias menos rigurosas que las resultantes de la real malicia. No era necesaria la prueba del dolo directo o eventual, sino de la culpa consistente en el apartamiento de las normas periodísticas usuales sin llegar al extremo de incurrir en una indiferencia temeraria.

Tal punto de vista no fue compartido por los restantes miembros del Tribunal. Brennan y White propiciaron la aplicación estricta de las reglas expuestas en “New York Times v. Sullivan”. Por su parte, los jueces Black y Douglas reiteraron la opinión expuesta en ese precedente respecto de la absoluta protección que corresponde otorgar a la libertad de prensa. Todos ellos entendieron que la creación de esta nueva categoría de las figuras públicas obedecía a que muchos individuos que no son funcionarios públicos están estrechamente relacionados con la decisión que adoptan los ciudadanos sobre importantes temas de interés público, sin que exista base legal o razón lógica para establecer una distinción con los funcionarios públicos a tenor de la Enmienda I de la Constitución. De

<sup>62</sup> 388 U.S. 130 de 1967.

<sup>63</sup> Integró la Suprema Corte entre 1955 y 1971.

<sup>64</sup> Formó parte del Tribunal entre 1949 y 1967.

<sup>65</sup> Fue miembro del Tribunal desde 1965 hasta 1969.

<sup>66</sup> Integró la Corte desde 1958 hasta 1981.

manera que integran la categoría de figuras públicas, asimiladas a los funcionarios públicos, todas aquellas personas que disfrutaban de un amplio prestigio, autoridad, publicidad y fama en ciertas áreas cuando ellas, precisamente, eran objeto de debate e interés público en el caso concreto.

El juez Earl Warren<sup>67</sup> adhirió a la postura adoptada por Brennan y White, destacando que “las distinciones entre el sector privado y el público son cada día más borrosas. Después de la depresión de los años treinta y la Segunda Guerra Mundial, advertimos una creciente fusión del poder económico y político, la consolidación de la ciencia, la industria y el gobierno, y un elevado grado de interacción entre la cultura, la política y la economía. En muchos casos, la determinación de las cuestiones de interés público, que antes se habían manifestado a través de las instituciones políticas formales, lo es ahora por una serie de juntas, comités, corporaciones y asociaciones, de las cuales muy pocas tienen vínculos lejanos con el gobierno. Esta mezcla de posiciones y de poder también se expresa en el plano personal, de manera que muchos individuos que no ocupan cargos públicos suelen participar en la resolución de importantes cuestiones públicas. Los ciudadanos están legítima y apreciablemente interesados en la conducta de esas personas y la libertad de prensa para introducirse en un debate franco y sin inhibiciones sobre el papel que desempeñan en las cuestiones públicas, al igual que si se tratara de funcionarios públicos”<sup>68</sup>.

Considerando que la distinción entre funcionarios públicos y figuras públicas carecía de sustento racional a los fines de la aplicación de las reglas configurativas de la real malicia, la Suprema Corte sostuvo:

<sup>67</sup> Fue juez de la Corte entre 1953 y 1969.

<sup>68</sup> Si bien la mayoría de los jueces, incluyendo las posiciones extremas de Black y Douglas, eran partidarios de aplicar la real malicia a las figuras públicas, en el caso concreto, se hizo lugar a la demanda entablada contra un medio de prensa por entender, el juez Warren, que la defensa constitucional de la real malicia no había sido invocada en la etapa procesal oportuna.

- 1) Si bien la figura pública es una especie jurídicamente independiente de la del funcionario público para caracterizar a las personas que forman parte de cada una de ellas, deben ser integradas para la aplicación de la doctrina de la real malicia por imposición de la Enmienda I de la Constitución.
- 2) Es figura pública aquella persona ampliamente conocida en la comunidad con motivo de sus logros, actos u opiniones y que, por tal razón, gravita e influye sobre los grupos sociales que, además de no permanecer insensibles frente a ellos, demandan el conocimiento de sus puntos de vista sobre una amplia gama de áreas sociales o temáticas.
- 3) También son figuras públicas aquellas personas que, si bien carecen de una fama generalizada como en el caso anterior, se involucran en una controversia de relevante interés público, adquiriendo el carácter de figura pública aunque limitado al tema objeto de dicha controversia y en el marco restrictivo de ella.

Si bien la aplicación de la doctrina de la real malicia se había concretado en casos cuyos protagonistas eran funcionarios públicos y figuras públicas, quedaba pendiente de decisión la viabilidad de aquélla respecto de particulares que no eran figuras públicas ni funcionarios públicos.

La solución del tema ya estaba esbozada tanto en el voto mayoritario como en el minoritario emitidos en “New York Times v. Sullivan”. En efecto, considerando la raíz constitucional que revestía aquella doctrina, su aplicación debía ser extendida a toda cuestión de interés público relevante o de interés institucional, con prescindencia de las características que podían reunir las personas relacionadas con ellos.

Tal fue el criterio adoptado por la Suprema Corte en el caso “Time v. Hill”<sup>69</sup>. En 1952, la familia Hill acaparó las

<sup>69</sup> 385 U.S. 374 de 1967.

noticias periodísticas de todo el país cuando, en su propia casa, sus integrantes fueron tomados como rehenes por tres convictos que habían escapado de la cárcel. El incidente inspiró obras teatrales y cinematográficas, pero, en 1955, la revista *Life Magazine* publicó una síntesis de comentarios y fotografías con directa referencia al caso y alterando algunos aspectos del suceso. A través del voto del juez Brennan, la Suprema Corte expresó que la responsabilidad del medio de prensa estaba condicionada al cumplimiento de las condiciones impuestas por la doctrina de la real malicia. La garantía de la Enmienda I está destinada a beneficiar tanto a la prensa como a cada uno de los ciudadanos, y su vigencia imponía la asunción de un riesgo que es consecuencia de una vida en sociedad, donde la publicidad con la libertad de expresión y de prensa tienen un valor preferente.

La demanda que había promovido James Hill se basaba en que se había violado su derecho a la intimidad protegido por una ley de Nueva York, y en que parte de la información publicada era inexacta. Al rechazar la demanda, y exponiendo el punto de vista de la mayoría, el juez Brennan sostuvo: “Las garantías de la libertad de expresión y de prensa no son prerrogativa de las expresiones ni de los comentarios sobre cuestiones políticas. Basta con leer cualquier periódico o revista para advertir la vasta variedad de material impreso que pone en la luz pública a ciudadanos particulares y funcionarios públicos por igual. Esa exposición de la intimidad de una persona en diversos grados de intensidad es parte inseparable de la vida en una comunidad civilizada. El riesgo de esta exposición es parte esencial de la vida en una sociedad que asigna valor primordial a la libertad de expresión y de prensa. Corremos un grave riesgo de menoscabar el indispensable servicio que la prensa libre presta en una sociedad libre si le imponemos a aquélla la carga abrumadora de verificar con absoluta certidumbre en sus artículos periodísticos los hechos relacionados con el nombre, la imagen o el retrato de una persona”.

Para determinar la aplicación de la doctrina a casos no relacionados con funcionarios públicos o figuras públicas, la Suprema Corte consideró que correspondía verificar la medida en que los particulares estaban involucrados con temas de interés público, la forma en que se habían involucrado y si el ejercicio de la libertad de expresión se circunscribió al episodio que era objeto de interés público. La circunstancia de estar en juego el derecho a la intimidad de la familia Hill no fue obstáculo para aplicar la doctrina debido al interés público del tema y al carácter preferente de la libertad de prensa. Incluso, el juez Brennan destacó: “No tenemos dudas acerca de que el contenido del artículo publicado por Life constituye una materia de interés público”, y que la distinción entre un artículo de información y un artículo de entretenimiento carece de toda relevancia a los fines de la libertad de prensa.

Cuatro años después, la Suprema Corte precisó la aplicación de la doctrina de la real malicia a cuestiones de interés público que involucran a particulares. Así, en el caso “Rosenbloom v. Metromedia”<sup>70</sup>, y por el voto de los jueces Brennan, Burger y Blackmun, el Tribunal decidió extender aquella doctrina a las demandas por difamación en casos concernientes a materias de relevante interés público o materias de orden institucional, sin entrar a considerar si las personas involucradas eran figuras públicas o simples particulares. El juez Black coincidió con esa conclusión, pero señalando que la eximición de responsabilidad para los medios de prensa se extendía, incluso, a los casos en que se probaba el conocimiento de la falsedad, criterio que era compartido por el juez Douglas.

Para el juez Black, la aplicación de la regla debía concretarse respecto de los actos oficiales realizados por los funcionarios públicos y, si ellos involucraban a simples particulares, estos últimos quedaban englobados en aquel contexto.

<sup>70</sup> 403 U.S. 29 de 1971.

En este caso, Rosenbloom había sido detenido por la policía de Philadelphia por distribuir publicaciones que fueron consideradas obscenas, hecho sobre el cual informó una emisora radial. Posteriormente, Rosenbloom fue absuelto en la causa penal que se le promovió. La mayoría entendió que el tema de la obscenidad, por su relación con los valores morales de la sociedad, era una materia de interés público. Además, como en el procedimiento en el cual fue detenido Rosenbloom intervino la autoridad policial, éste quedaba involucrado en dicho tema de interés público con prescindencia de su efectiva participación en los hechos delictivos, debiendo ser juzgada la eventual responsabilidad de los medios de prensa a través de la doctrina de la real malicia. Asimismo, no interesaba si el particular se había involucrado voluntariamente, o involuntariamente, con el tema de interés público.

La extensión de la regla de la real malicia a los simples particulares fue precisada por la Suprema Corte en el caso "Gertz v. Welch"<sup>71</sup>.

Gertz era un abogado que fue contratado por la familia de una persona que había sido víctima de un homicidio perpetrado por un policía de Chicago. Este había sido condenado por homicidio y los familiares de la víctima decidieron promover una demanda resarcitoria con los servicios profesionales de Gertz. Una publicación, que respondía a la John Birch Society, atribuyó a Gertz antecedentes penales y haber sido afiliado al partido comunista. Gertz se consideró agraviado por dichos comentarios, que calificó de falsos, y promovió las correspondientes acciones resarcitorias y punitorias.

Al resolver el caso, la Suprema Corte brindó mayor precisión que en el caso Rosenbloom sobre los presupuestos que tornaban viable la aplicación de las reglas de la real malicia<sup>72</sup>.

<sup>71</sup> 418 U.S. 323 de 1974.

<sup>72</sup> 418 U.S. 323 de 1974.

Gertz era un conocido abogado local, un profesional que disfrutaba de un sólido prestigio en el limitado ámbito forense. Aceptó voluntariamente intervenir como abogado de una de las partes en un proceso que, por su contenido, sabía que iba a tener repercusión pública y difusión por los medios de prensa. Sin embargo, Gertz no era un funcionario público ni tampoco una figura pública conforme a la jurisprudencia de la Suprema Corte. No era una figura pública porque el conocimiento de su persona no se extendía a toda la comunidad ni sus opiniones gravitaban sobre ella ni tenían, en abstracto, interés para el hombre común. Tampoco era figura pública para el caso concreto, porque no había tenido intervención alguna en los hechos que motivaban el proceso judicial y que sí habían despertado el interés social.

A diferencia de Rosenbloom, Gertz no había sido protagonista del episodio central –homicidio de un particular por un funcionario policial– y, por ende, toda manifestación difamatoria respecto de su persona quedaba, en principio, exenta de las reglas de la real malicia y sujeta a las disposiciones del *common law*.

De todos modos, la Corte aplicó al caso ciertos principios de la real malicia por entender que los hechos atribuidos periodísticamente a Gertz –desacreditar a la policía y ser un testaferro del comunismo– eran de interés público. Así, con respecto a la acción resarcitoria, la Suprema Corte sostuvo que, tratándose de simples particulares relacionados con el caso central en la forma en que lo estaba Gertz, la Constitución no les impedía a los Estados locales determinar la responsabilidad de quien emitía expresiones inexactas mediante la prueba de su simple negligencia o culpa. Sin embargo, si el reclamo no se limitaba a los daños resarcitorios directos, sino que se extendía a un reclamo de daño punitivo o ejemplar, era necesaria la prueba del dolo directo o eventual sin que se admitiera su presunción, y sin que fuera suficiente la acredita-



ción de la simple culpa. Además, y en ambos supuestos, el demandante debía acreditar la falsedad de las expresiones que, objetivamente, eran agraviantes para su persona. De modo que, en estos aspectos, las reglas de la real malicia son aplicables aunque se trate de simples particulares<sup>73</sup>.

En síntesis, los particulares que son protagonistas de un hecho de relevancia social pueden demandar una indemnización por los perjuicios que les ocasione la publicación de datos falsos siempre que sean difamatorios y se acredite su falsedad. Cuando se reclaman resarcimientos de daños, se requiere su prueba, la falsedad de la publicación y la del comportamiento, al menos negligente, de quien ejerce la libertad de expresión. Pero si se pretende el resarcimiento o reclamo de daños punitivos, corresponde aplicar estrictamente las reglas configurativas de la real malicia<sup>74</sup>.

En varias oportunidades, la Suprema Corte consideró inaplicables las reglas de la doctrina de la real malicia cuando las referencias agraviantes emitidas respecto de simples particulares carecían de relevancia institucional.

En el caso "Time v. Firestone"<sup>75</sup>, cuyo origen fueron las publicaciones referentes a los detalles que precipitaron el juicio de divorcio de Dorothy Firestone, la Suprema Corte sostuvo que ella no podía ser calificada como figura pública por la simple circunstancia de ser una personalidad vastamente conocida en el marco de la vida social de Palm Beach y de pertenecer a una familia que también era ampliamente conocida en ese círculo. Por otra parte, si bien el juicio de divorcio de una persona conocida en tales sectores de la sociedad podía ser un tema de interés público, carecía de relevancia institucional o

<sup>73</sup> Norman Redlich, Bernard Schwartz y John Attanasio, *Understanding Constitutional Law*, pág. 360, Matthew Bender-Irving, New York, 1995.

<sup>74</sup> En el caso "Gertz v. Welch" votaron en disidencia los jueces Douglas, Brennan, White y Burger.

<sup>75</sup> 424 U.S. 448 de 1976.

de orden público. Además, Firestone jamás había pretendido dar a difusión pública los detalles particulares de ese proceso judicial, al cual solamente estaba relacionada por la necesidad de defender sus derechos. De modo que, cuando no interviene una figura pública o un funcionario público, y cuando el conflicto se suscita con un particular sobre temas desprovistos de interés público, no se aplican las reglas de la real malicia, ni siquiera con la variante prevista en "Gertz v. Welch"<sup>76</sup>.

En cambio, cuando la información periodística no involucra a funcionarios o figuras públicas pero presenta interés público, se aplica la variante del caso "Gertz v. Welch", en el que correspondió al accionante probar la falsedad de los datos difundidos y la culpa del emisor para reclamar daños directos, no ejemplares.

Así, en el caso "Philadelphia Newspapers v. Hepps", la Suprema Corte reiteró la necesidad de verificar, en cada caso concreto, la naturaleza del tema debatido si involucraba a un particular. Es que, si los temas son de razonable interés público, aunque no involucren a funcionarios o figuras públicas, cabe aplicar la doctrina de la real malicia en la variante de "Gertz v. Welch". Tal es lo que acontece si las imputaciones efectuadas a particulares se refieren a presuntas actividades destinadas a ejercer una influencia sobre las decisiones gubernamentales mediante el soborno o las amenazas físicas<sup>77</sup>.

La Suprema Corte estableció que no cualquier manifestación de la libertad de prensa respecto de funcionarios públicos y figuras públicas quedaba sujeta a la regla de la real malicia. Es necesaria, al menos, una mínima conexión con temas de índole institucional, o de relevante y justificado interés público. Pero también destacó que los términos agraviantes y decisivamente falsos debían poseer cierta cuota de credibilidad para el público, si es que se pretendía concretar la responsabi-

<sup>76</sup> "Dun Bradstreet v. Greenmoss Builders" (472 U.S. 749 de 1985).

<sup>77</sup> 475 U.S. 767 de 1986.

lidad y consecuente sanción para quien había ejercido la libertad de expresión respecto de figuras públicas.

Tal fue resuelto en el caso “*Hustler Magazine v. Falwell*”<sup>78</sup>. Una revista, que usualmente abordaba temas de índole sexual con matices humorísticos, realizó una parodia del aviso publicitario de una bebida alcohólica. El aviso, que era ampliamente conocido debido a su difusión publicitaria, reproducía las entrevistas efectuadas a personalidades públicas, en las cuales se les pedía que describieran cuándo había sido “su primera vez”. La pregunta, formulada con cierta cuota de picardía, daba a entender que el reportado se iba a referir a su primera experiencia sexual. Sin embargo, la respuesta narraba “la primera vez” en que había consumido aquella bebida alcohólica.

La parodia publicada en *Hustler* consistió en presentar como reportado a Jerry Falwell. Se trataba de un clérigo ampliamente conocido por la frecuente difusión de sus sermones en programas de televisión y por ser conductor de una asociación que propiciaba la firme defensa de los valores morales. *Hustler* anunció que Falwell iba a hablar sobre “su primera vez”, aclarando que se trataba de una parodia que no debía ser considerada como un hecho serio y cierto. En el curso de la presunta entrevista, matizada con caricaturas, Falwell decía que, “su primera vez” había tenido lugar cuando, en estado de embriaguez por el consumo de aquella bebida alcohólica, había mantenido una relación sexual con su madre en un excusado.

Falwell, hombre de escaso humor, promovió contra *Hustler* una demanda por libelo e indemnización de los daños emocionales que le había ocasionado la publicación. En las instancias judiciales inferiores, la demanda por libelo fue rechazada porque, razonablemente, no se podía entender que la parodia reflejara un hecho verdadero. Pero, en cambio, se le reconoció una indemnización de cien mil dólares por daños directos, y otro importe igual por daños emocionales.

<sup>78</sup> 485 U.S. 46, 1988.

La sentencia fue revocada por el voto unánime de los jueces de la Suprema Corte, aplicando la doctrina de la real malicia. El juez William Hubbs Rehnquist, tras describir la evolución histórica de las caricaturas en los Estados Unidos, recordando cómo a George Washington se lo ridiculizaba con la figura de un asno, destacó que la procedencia del reclamo estaba condicionada a que se probara la falsedad de los hechos publicados, y que ella había sido efectuada con dolo o de manera temeraria. Señaló que las figuras públicas estaban expuestas a soportar ataques vehementes, desagradables y mordaces y que, si bien estaba probada la falsedad de las expresiones, la conducta del emisor estaba desprovista de dolo y de temeraria malicia ya que, tratándose de una parodia, nadie podía sostener que los hechos difundidos fueran razonablemente creíbles para el público.

Pero si bien una parodia, por más agresiva que sea, no puede ser fuente de acciones resarcitorias o punitorias por estar desprovista de dolo y aptitud difamatoria, no acontece lo propio con aquellas opiniones que, en realidad, encubren la imputación de hechos falsos. Si las opiniones se traducen en la imputación de hechos y pueden ser razonablemente interpretadas de tal manera, su autor es responsable por las consecuencias que acarrea su conducta<sup>79</sup>.

Asimismo, las alteraciones introducidas por un periodista en una publicación a las expresiones vertidas por el entrevistado no determinan su responsabilidad jurídica si, en definitiva, no modifican el sentido con que fueron emitidas. Pero si modifican ese sentido con un efecto agravante para el entrevistado, es aplicable la doctrina de la real malicia cuando éste es una figura pública<sup>80</sup>.

La formulación de la doctrina de la real malicia, con las objeciones formuladas por los votos en disidencia expuestos

<sup>79</sup> "Milkovich v. Lorain Journal" (497 U.S. 1 de 1990).

<sup>80</sup> "Masson v. New Yorker Magazine" (501 U.S. 496 de 1991).

en “New York Times v. Sullivan”, responde a un propósito de carácter político: el de forjar soluciones jurídicas que permitan brindar una particular protección al ejercicio de la libertad de expresión y, en particular, a la libertad de prensa, sin las cuales es inconcebible el normal desenvolvimiento de un sistema democrático constitucional. Sin esa protección, es obvio que el poder de censura y de crítica se concentrará en el gobierno respecto de los individuos y no en el pueblo respecto del gobierno<sup>81</sup>.

Son infinitas las libertades que disfrutan de protección constitucional y que merecen esa tutela. Pero no cabe duda de que la vigencia de aquéllas depende del grado de protección que se dispensa a la libertad de prensa debido a su carácter estratégico. Por tal razón, la formulación de aquella doctrina presenta la ponderable virtud de establecer parámetros relativamente objetivos para medir la responsabilidad de los medios de prensa en el marco de una dimensión institucional y estratégica de la vida política democrática constitucional o, si se prefiere, en el ámbito del curso histórico del movimiento constitucionalista.

También es evidente que la doctrina, respondiendo a una concepción pragmática y dinámica, se extiende al ámbito de todas aquellas materias que integran el interés público de la ciudadanía, el cual, muchas veces, involucra no solamente a funcionarios públicos y figuras públicas, sino también a simples particulares. Es, en cierto modo, uno de los riesgos que debemos asumir y consentir para preservar la democracia constitucional porque, lamentablemente, muchas veces las ofensas de tipo personal producen generalizaciones jurídicas que restringen la libertad de prensa en todos sus ámbitos. Tal circunstancia determina que la formulación de la doctrina de la real malicia no esté consolidada sino que, en función de aquella

<sup>81</sup> Geoffrey Stone, Louis Seidman, Cass Sunstein y Mark Tushnet, *Constitutional Law*, pág. 1203, Little, Brown and Co., Boston 1996.

concepción dinámica, esté sujeta a un continuo proceso de revisión doctrinaria y jurisprudencial<sup>82</sup>.

<sup>82</sup> Archibald Cox, *Freedom of Expression*, pág. 17, Harvard University, Massachusetts, 1980; Bernard Schwartz, *Decision*, pág. 167, Oxford University, New York, 1996; Cass Sunstein, *Democracy and the problem of free speech*, pág. 11, Macmillan Inc., New York, 1993; Anthony Lewis, *Ninguna ley*, pág. 202, ob. cit.

## VII

### LA DOCTRINA DE LA REAL MALICIA EN EL SISTEMA JURÍDICO ARGENTINO

La doctrina de la real malicia reconoce su fuente en la Constitución de los Estados Unidos y no en el *common law*. Particularmente, en los principios contenidos en sus Enmiendas I y XIV. La primera, que es a su vez fuente del artículo 32 de la Constitución Nacional, establece que el Congreso no puede sancionar leyes restrictivas para el ejercicio de la libertad de prensa y de expresión. La segunda dispone que los Estados locales no podrán dictar normas que limiten las prerrogativas o inmunidades que la Constitución reconoce a los ciudadanos, ni privar a una persona de sus libertades sin el debido proceso legal.

Como se advierte, y así lo destacó claramente la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso “New York Times v. Sullivan”, el origen de la doctrina no reside en el *common law*, sino en la Constitución. De modo que el contenido de ella no responde a una concepción “extranjerizante”, o “foránea”, sino a principios de derecho público legislado que fueron incorporados expresamente a la Constitución Nacional<sup>83</sup>.

Su génesis constitucional avala la aplicabilidad de la doctrina en el sistema jurídico argentino que se nutre, al igual que la Constitución de los Estados Unidos, en los principios fundamentales del secular movimiento constitucionalista.

Con el propósito de establecer ciertos parámetros objetivos que permitan dilucidar la responsabilidad jurídica resultante del ejercicio de la libertad de prensa, tanto en materia

<sup>83</sup> Conf. Enrique Bianchi y Hernán Gullco en *La libertad de expresión y algunas doctrinas extranjerizantes*, Jurisprudencia Argentina, 1994-II-839.

civil como en materia penal, entendemos que ella está condicionada a los siguientes requisitos:

- 1) La prueba fehaciente por el accionante sobre el carácter agravante de las expresiones vertidas y el daño que ellas le ocasionan.
- 2) La prueba fehaciente por el accionante sobre la falsedad de las expresiones formuladas.
- 3) La prueba fehaciente por el accionante sobre el dolo real o eventual en la conducta del emisor de las expresiones. Se debe probar que conocía la falsedad de la información emitida, o la total despreocupación para verificar, de manera elemental, su falsedad o acierto cuando existen elementos de hecho suficientes que permiten presumir, razonablemente, que esa noticia carece de veracidad y el autor era consciente de esa presunción de falsedad.

Estos principios son de rigurosa aplicación cuando se trata de manifestaciones que versan sobre funcionarios públicos o sobre figuras públicas, en temas de interés institucional o en temas que revisten un relevante y justificado interés público. Otro tanto, a nuestro criterio, cuando se trata de particulares relacionados con temas de esa envergadura. Pero no lo será respecto de expresiones sobre particulares en temas carentes de interés institucional o relevante interés público. Estas últimas quedan sujetas a las reglas comunes de los códigos Civil y Penal.

La doctrina de la real malicia ha merecido, y merece, severos cuestionamientos en orden a su aplicación en el ámbito del ordenamiento jurídico argentino<sup>84</sup>. Tales reparos comenzaron a ser esbozados hace aproximadamente veinte años, cuando se incrementó la difusión de su significado, destacando la conve-

<sup>84</sup> Las críticas más severas emanan de un significativo número de jueces con competencia en materia civil. En cambio, los jueces penales son más propensos a aceptar la real malicia.



nencia de su aplicación para consolidar el ejercicio de la libertad de prensa en sus dimensiones institucional y estratégica.

Las observaciones formuladas a la doctrina de la real malicia, en algunos casos, están basadas sobre sólidos y razonables argumentos de tipo estrictamente jurídico. Pero, con cierta frecuencia, los reparos obedecen a concepciones meramente subjetivas, a preconceptos de tipo ideológico o sobre el rol que desempeñarían los medios de prensa<sup>85</sup> y, a veces, a consideraciones que ponen en evidencia un desconocimiento sobre los contenidos y alcances de la real malicia.

Entre estos últimos, incluimos aquellos que propician su rechazo por tratarse de una doctrina “foránea” o “extranjerizante”. También, cuando se afirma que la real malicia fue gestada en el seno del *common law* británico y estadounidense, que son creaciones jurídicas totalmente extrañas a nuestro derecho continental y codificado.

La manifestación de nuestra doctrina judicial permite advertir la presencia de ciertos sectores que, sin perjuicio de invocar la doctrina de la real malicia, revelando cierto conocimiento sobre su contenido, son reacios a materializar su aplicación a los casos concretos sometidos a su consideración por la simple razón de tratarse de una doctrina foránea. Sin perjuicio de admitir la lucidez intelectual de sus representantes, esa resistencia, muchas veces, responde a esquemas dogmáticos de una concepción nacionalista propia de la década del treinta del siglo XX, o a un preconcepto ideológico que impide trasladar, al ámbito normativo argentino, concepciones del derecho constitucional anglosajón que, como es obvio, proyectan sus efectos sobre las materias reguladas por la legislación civil o penal

<sup>85</sup> Ningún jurista ni magistrado puede desconocer la versión originaria de la real malicia, aunque no domine el idioma inglés. En 1964, año en que se resolvió el caso “New York Times v. Sullivan”, Héctor Mairal publicó una excelente traducción al castellano de la sentencia (Jurisprudencia Argentina, 1964-V; Jurisprudencia extranjera, pág. 3).

reglamentaria. En cambio, no hacen lo propio cuando se trata de doctrinas jurídicas forjadas por la riqueza creativa que alberga la doctrina española, francesa o alemana<sup>86</sup>.

Constituye un grave error atribuir una especie de “paternidad nacional” a las manifestaciones del pensamiento humano cuando ellas, por su racionalidad, cobran vigencia universal. La obra de Miguel Angel, Picasso o Pettoruti; de Vivaldi, Mozart, Beethoven o Ravel; de Aristóteles, Tomás de Aquino, Montesquieu, Locke o Marx; de Cervantes, Thomas Mann, Shakespeare o Borges; de Bryce, Savigny o Loewenstein, superan el marco mezquino de la nacionalidad para ser patrimonio de la humanidad. No es sensato que su aceptación o rechazo obedezcan a la nacionalidad del autor o de la comunidad nacional donde fueron forjadas tales obras. Lo propio acontece con las doctrinas jurídicas. Ellas podrán ser convenientes o inconvenientes en función de sus principios y adecuación a las soluciones propiciadas para remediar los problemas que se plantean, pero no descalificables por razón de su origen.

En otras oportunidades, los esquemas dogmáticos que conducen al rechazo de las reglas de la real malicia se basan sobre una particular y autoritaria visión de los valores morales. As-

<sup>86</sup> En el voto del juez Claudio Kiper, al cual adhirieron sus colegas de la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, al resolver el caso “M. de D. c/ Editorial Perfil S.A.” del 29 de marzo de 1996 (*La Ley* 1996-C-141), se califica la real malicia como “doctrina foránea”, y estimando que “aun cuando me inclinase” por ella, su aplicación se limita a los supuestos que involucran a funcionarios o figuras públicas, lo cual no es correcto porque, bajo ciertas condiciones, también pueden quedar comprendidos los particulares. Por otra parte, se incurrió en el error de calificar como reciente el fallo dictado por la Suprema Corte de los Estados Unidos en “Gertz v. Welch”, pues fue emitido en 1974. También la jueza Angela Braidot, en la sentencia que condenó al periodista Eduardo Kimel a la pena de un año de prisión y al pago de \$ 20.000 por los agravios que habría perpetrado en perjuicio del juez Guillermo Rivarola, asignó “origen foráneo” a la doctrina de la real malicia, aunque sin relacionar su contenido explícitamente con la resolución del caso concreto (sentencia del 25 de septiembre de 1995 dictada en la causa N° 2564 de la Secretaría Correccional N° 63).

piran, con vehemencia e intolerancia, a ver expuesto en la sociedad, de manera permanente, un ejercicio decoroso, honesto, sano, veraz y digno de la libertad de prensa en función de los valores éticos que alberga quien propicia este punto de vista<sup>87</sup>. Esa resistencia, en la práctica, constituye una disconformidad con el rol estratégico asignado a la libertad de expresión en un sistema democrático constitucional e, implícitamente, con el propio sistema político que, como toda obra humana, contiene múltiples virtudes y defectos.

Tampoco es razonable basar el rechazo de la doctrina de la real malicia porque su fundamentación reside en el *common law* anglosajón. Su fundamento no reside en el *common law*, como erróneamente señalan algunos autores, sino en el derecho constitucional legislado. Proviene de las Enmiendas I y XIV de la Constitución de los Estados Unidos, que son fuente directa del artículo 32 de nuestra Ley Fundamental. Así lo entendió la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos cuando en “New York Times v. Sullivan” declaró la invalidez, o inconstitucionalidad, de las normas del *common law* y de las leyes estatales basadas sobre ellas porque, precisamente, vulneraban el significado que a la libertad de prensa y expresión le habían asignado los constituyentes al introducir aquella Enmienda I.

En cuanto a los reparos jurídicos, quizás el autor que los expuso con mayor claridad fue Jorge Bustamante Alsina<sup>88</sup>. Entendía que la legislación argentina, condensada en los códigos

<sup>87</sup> Muchas veces no se advierte que la real malicia es aplicable a todo individuo que ejerce la libertad de expresión, revista o no el carácter de periodista. Esa confusión induce, erróneamente, a sostener que la real malicia propicia un régimen de privilegio para los periodistas.

<sup>88</sup> “Efectos civiles del ejercicio ilegítimo de la libertad de prensa”, *El Derecho*, 147-858; “El marco normativo dentro del cual debe ejercerse la libertad de prensa”, *La Ley*, 1992-B848; “Nuestro derecho común interno frente a la doctrina jurisprudencial norteamericana de la actual malice”, *La Ley*, 1997-A-936.

Civil y Penal, ofrecía una protección más amplia al ejercicio de la libertad de prensa que la resultante de aplicar la doctrina de la real malicia. Ese punto de vista lo compartimos parcialmente, porque, en definitiva, Bustamante Alsina realizaba una comparación global entre el régimen legal estadounidense y el argentino.

Nosotros entendemos que, cuando la libertad de prensa se ejerce en una dimensión institucional o estratégica, corresponde la aplicación de las reglas de la real malicia porque, en tales hipótesis, ellas tienen sustento constitucional. Pero cuando la libertad de expresión se manifiesta en una dimensión individual, cabe aplicar los principios del derecho común. Derecho común que no es el vigente en los Estados Unidos, sino el que emana de nuestros códigos Civil y Penal.

En materia penal, una adecuada interpretación de las disposiciones que integran el Código Penal a la luz de los preceptos constitucionales torna perfectamente aplicables las reglas de la real malicia<sup>89</sup>. En especial, respecto de las figuras penales que protegen el honor de las personas, tales como los delitos de calumnias e injurias.

La calumnia, prevista en el artículo 109 del Código Penal, consiste en la imputación dolosa a una persona de un delito que dé lugar a la acción pública. Su consumación requiere:

- 1) Atribuir a una persona, debidamente individualizada, la comisión de un delito concreto y determinado.
- 2) Quien pretende ejercer la acción por calumnias deberá probar que no fue condenada judicialmente por la comisión del hecho delictivo que se le imputa. Quien efectúa la imputación ejerciendo su libertad de expresión, no tiene a su cargo la prueba de la verdad, aunque ello no es óbice para que la produzca. Quien debe probar la inexactitud es el querellante.

<sup>89</sup> Conf. Enrique Bianchi y Hernán Gullco, "El delito de injurias y la Constitución Nacional", *La Ley*, 1995-C-1071; "El derecho a la libre expresión", pág. 192, ob. cit..

- 3) La persona a la cual se le atribuye la comisión de un delito deberá probar que el emisor obró con dolo y con el deliberado propósito de lesionar su honor, con pleno conocimiento de que su afirmación era falsa o que, teniendo conciencia de la inexactitud, se despreocupó temerariamente por verificar dicho extremo cuando sabía que tenía a su alcance los elementos suficientes a tal fin y sin necesidad de concretar una investigación relativamente exhaustiva. Pero no habrá dolo si el emisor acredita que incurrió en un error excusable dadas las circunstancias particulares del caso o, incluso, en una conducta negligente o culposa.
- 4) El hecho delictivo imputado falsamente y con dolo debe ser alguno de aquellos que den lugar a una acción pública. No habrá calumnia si se imputa a una persona la comisión de faltas o contravenciones o alguno de los delitos previstos en el artículo 73 del Código Penal tales como, entre otros, las calumnias e injurias o el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar al cónyuge. Otro tanto si el delito imputado falsamente estuviera prescripto o se hubiera extinguido la acción penal<sup>90</sup>; si se trata de un delito alcanzado por una amnistía o si el autor fue beneficiado con un indulto antes de la sentencia judicial. La imputación dolosa de tales hechos podrá dar lugar, eventualmente, a una acción por injurias pero no a una condena por calumnias.

Respecto del delito de calumnias, tal como está tipificado en el Código Penal, no existen reparos para aplicar las reglas de la real malicia, no solamente cuando la libertad de expresión se desenvuelve en una dimensión institucional o estratégica, sino también en una dimensión meramente individual.

Sin embargo, no acontece lo propio cuando nos enfrentamos con el delito de injurias previsto en el artículo 110 del Código Penal. Establece que incurre en injuria quien deshonra o desacredita a otra persona lesionando su honor.

<sup>90</sup> Silvina Catucci, “Libertad de prensa – calumnias e injurias”, pág. 143, ob. cit.

Para la consumación del delito se requiere:

- 1) La formulación de expresiones sobre una persona que sean, objetivamente, agraviantes y susceptibles de desacreditar la reputación del destinatario y lesionar su honor.
- 2) La formulación de las expresiones debe ser realizada con dolo. El dolo, que debe ser probado por el querellante, reside en el conocimiento por parte del emisor del carácter lesivo de las expresiones y de su voluntad de manifestarlas. No se requiere la prueba sobre la presencia de un deliberado propósito de agraviar al querellante y de ocasionarle un daño a su honor.

En este marco sería aplicable la doctrina de la real malicia, pero el artículo 111 del Código Penal establece una regla general: en materia de injurias, el querellante no debe probar la falsedad de los hechos que se le atribuyen, y el querellado no puede eximirse de responsabilidad probando la veracidad de sus afirmaciones. Sea falsa o verdadera la información aportada, el querellado incurrirá en responsabilidad penal si se prueba el carácter agravante de aquélla y su dolo.

Ese obstáculo resulta parcialmente superado en los tres incisos que integran esa norma penal. Establecen que el acusado quedará exento de pena si prueba la verdad de las imputaciones cuando:

- 1) La imputación se realice para defender o garantizar un interés público actual.
- 2) Si el hecho atribuido al ofendido hubiere dado lugar a un proceso penal.
- 3) Si el querellante requiere la prueba de la verdad.

En los dos primeros casos podría funcionar la regla de la real malicia que condiciona la responsabilidad penal a la prueba de la falsedad. Otro tanto acontece con la causal de inimputabilidad que prevé el artículo 34, inciso 4º, del Código Penal: obrar en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de un derecho, autoridad o cargo, como puede acon-

tecer, en ciertos casos, con la libertad de prensa, aunque, en esta hipótesis legal, la prueba de la verdad es irrelevante.

Pero incluso cuando se acepta la prueba de la verdad, el régimen del Código Penal se aparta de la doctrina de la real malicia en la medida en que la prueba de la verdad está impuesta al acusado. No es el querellante quien debe probar la falsedad, sino que es el querellado quien debe acreditar la verdad.

Entendemos que, por vía jurisprudencial, esa situación podría ser alterada imponiendo al querellante la prueba de la inexactitud cuando se trata de un funcionario público o una figura pública involucrados, al igual que un particular, en temas de interés institucional o de relevante interés público. En los casos restantes, cuando la libertad de expresión se ejerce en una dimensión individual, donde no es aplicable la doctrina de la real malicia, regirían plenamente las disposiciones del Código Penal.

En síntesis, el legítimo interés del ofendido debe ceder ante el legítimo interés de la sociedad en materias institucionales o de relevancia pública imponiendo, en tales casos, la prueba de la falsedad a cargo del querellante respecto de los hechos que se le atribuyen o de los efectos que se les asignan. Importaría extender a las injurias el requisito impuesto para el delito de calumnias, aunque limitado a las hipótesis que configuran la real malicia en cuanto a la calidad de las personas o temas difundidos.

Una situación similar se plantea en el marco de la legislación civil cuando el ejercicio de la libertad de expresión ocasiona un daño a los derechos patrimoniales o personalísimos de una persona.

Jorge Bustamante Alsina<sup>91</sup> sistematizaba los principios civiles aplicables para determinar la responsabilidad con motivo del ejercicio de la libertad de expresión de la manera siguiente:

<sup>91</sup> Ver nota 88.

- 1) Quien ejerce el derecho de informar debe procurar ser veraz y no agraviar.
- 2) Conforme al artículo 1109 del Código Civil, siempre es necesario probar la culpa o dolo de quien ejerce la libertad de expresión. En nuestra legislación, el ejercicio de ese derecho no acarrea responsabilidades objetivas y, en cada caso concreto, se impone la prueba del dolo o culpa del emisor.
- 3) El dolo y la culpa no se presumen, y corresponde su prueba al demandante.
- 4) Conforme al artículo 1071 del Código Civil, la libertad de expresión no puede ser ejercida en forma abusiva y ocasionar daños innecesarios. Tal es lo que acontecería si se difundieran hechos carentes de interés público, o que superaran los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.
- 5) Según el artículo 1071 bis del Código Civil, mediante la libertad de prensa no es lícito entrometerse arbitrariamente en la vida ajena, ocasionar un daño. Admitía que este principio debía ser atenuado cuando se trataba de “personajes públicos que tienen una vida pública en el medio social en que actúan y dentro de ella existe un tácito consentimiento en exponerse a la información y a la crítica”.

Sobre tal base, concluía afirmando que nuestra legislación civil ofrece mayor protección a la libertad de prensa que la doctrina de la real malicia. Esto era así porque, a su criterio, la doctrina de la real malicia impone excepcionalmente al demandante “el deber de probar la malicia y la negligencia del órgano de información, presumiendo la legitimidad de ésta e invirtiendo la carga de la prueba, solamente cuando la información tiene trascendencia institucional por implicar una cuestión de interés público”.

Considerábamos, y consideramos, que el prestigioso jurista había interpretado erróneamente la doctrina de la real mali-



cia y su ámbito de aplicación. Sostenía “que la cuestión de la responsabilidad de los órganos de prensa puede resolverse en nuestro ordenamiento legal con la sola aplicación de sus principios, según los cuales ni la culpa ni el dolo se presumen y quien alega estos factores de imputabilidad debe demostrar el dolo, la inexcusable negligencia de la prensa”, que no es otra cosa que la doctrina de la real malicia de la que echa mano nuestra Corte. “Además, creemos que nuestro sistema legal de derecho común, según el cual ni el dolo ni la culpa se presumen, es aplicable a todos los supuestos de informaciones inexactas, falsas o erróneas vertidas aun en ámbito privado, sin que corresponda favorecer excepcionalmente a la prensa<sup>92</sup>, sólo cuando tales informaciones constituyen cuestiones públicas porque se refieren a hechos que involucran a funcionarios o figuras públicas [...] solamente en estos últimos casos se presumiría la legitimidad de lo publicado con la consiguiente inversión de la prueba”.

El error residía en considerar que en aquellos casos en que no se presentaban los presupuestos de aplicabilidad de la real malicia, se presumía la culpa o dolo del emisor. Además, en entender que el concepto de *reckless disregard* era sinónimo de culpa.

La real malicia, como doctrina que tiene jerarquía constitucional, sólo se aplica cuando se formulan agravios respecto de funcionarios públicos, figuras públicas o particulares involucrados en temas de interés institucional o de relevante interés público. En los restantes casos rigen las reglas del Código Civil, de manera que no se produce una inversión probatoria respecto del dolo o de la culpa porque, es cierto, siempre corresponderá al demandante probar su existencia.

Por otra parte, la real malicia impone al demandante probar la falsedad de las afirmaciones vertidas. Sin prueba fehaciente

<sup>92</sup> Recordemos que la real malicia se aplica al ejercicio de la libertad de expresión por cualquier persona y por cualquier medio.

ciente de la inexactitud, no hay responsabilidad. En cambio, en la legislación civil argentina puede haber responsabilidad aunque se exprese la verdad con referencia a las personas y materias que engloba aquella doctrina.

Finalmente, debemos recordar que las reglas de la real malicia excluyen la culpa. Aunque se acredite una conducta culposa, no habrá responsabilidad. Se exige el dolo directo o *reckless disregard*, como equivalente a nuestro concepto del dolo eventual.

Quienes propiciamos aplicar la doctrina de la real malicia limitamos su ámbito a determinadas materias y cuestiones. Al margen de ellas, corresponde aplicar el derecho común. Pero no el derecho común anglosajón resultante del *common law*, sino el derecho común establecido en nuestro Código Civil.

Similares son los errores en que incurren otros juristas. Así, Gerardo Ancarola entiende que la “real malicia” propiciaría, en el ordenamiento jurídico argentino, una inversión de la carga de la prueba en cuanto al elemento subjetivo de la conducta, que colocaría en una situación desventajosa a los simples particulares<sup>93</sup>. Pero no es así. A los simples particulares no se les aplican las reglas de la real malicia, sino las del Código Civil que imponen la necesidad de la prueba por el accionante del dolo o culpa. Y cuando se aplica la real malicia, no basta la prueba de la culpa, sino que se exige la del dolo directo o eventual. De manera que, si bien es cierto que la real malicia genera una inversión de la carga de la prueba respecto de las normas vigentes en el *common law* anglosajón, esto no acontece frente a nuestro derecho común.

El citado autor incurre en otra equivocación cuando destaca que no se advierte la inversión de la prueba que atribuye a la real malicia, al ser ella aplicada en las cuestiones penales sujetas a la legislación argentina. Cita como ejemplo los su-

<sup>93</sup> “¿Un retorno a las fuentes?”, *El Derecho*, 154-959.

puestos en que el artículo 111 del Código Penal admite la prueba de la verdad por el querellado. Sin embargo, conforme a la real malicia, no es el querellado quien debe probar la verdad, sino que es el querellante quien debe probar la falsedad como presupuesto para una eventual condena penal y, además, claro está, el dolo del emisor<sup>94</sup>.

La equivocación de estos prestigiosos juristas reside en confundir el *common law* anglosajón con el derecho común nacional. La doctrina de la real malicia no integra el *common law* sino que, por el contrario se impone frente a él. Por tal razón, la Suprema Corte de los Estados Unidos declaró la inaplicabilidad del *common law* en aquellos temas donde cobra vigencia la real malicia. Si trasladamos estos conceptos a nuestro derecho interno, significa que, cuando no se aplica la real malicia, rigen plenamente las disposiciones de los códigos Civil y Penal, pero no el *common law* anglosajón.

Sintetizando, nuestra legislación civil no prevé dos componentes fundamentales de la doctrina de la real malicia. Uno de ellos es la prueba sobre la inexactitud manifestada mediante la libertad de expresión, que está a cargo del accionante. En cambio, en nuestra legislación civil y penal –con la salvedad de la calumnia– la prueba de la inexactitud es irrelevante. Se puede cometer el delito de injurias o un acto ilícito civil diciendo la verdad. El segundo, y con respecto a nuestra legislación civil, es que se debe probar el dolo directo o eventual del emisor, y resulta insuficiente la prueba de la culpa.

Los principios que constituyen la doctrina de la real malicia se aplican a una situación debidamente demarcada que guarda relación con la esencia del sistema político. Quedan excluidos de su ámbito los individuos que no son funcionarios gubernamentales ni figuras públicas y que tampoco pueden ser relacionados con temas institucionales o de relevante y justifi-

<sup>94</sup> “Algunas precisiones conceptuales”, *El Derecho*, 170-438; “Libertad de prensa y responsabilidad de la prensa”, *El Derecho*, 171-509.

cado interés público. En este último caso, es viable aplicar los contenidos de las normas penales y civiles vigentes porque el ejercicio de la libertad de expresión se habrá concretado en una dimensión meramente individual.

La doctrina de la real malicia, sin perjuicio de la evolución constante que se opera en su contenido, presenta la ventaja de posibilitar el amplio desenvolvimiento de la libertad de prensa en sus dimensiones institucional y estratégica. No se trata de una formulación arbitraria destinada a provocar un privilegio para una libertad constitucional. Es una doctrina esencialmente coherente con los postulados de una democracia constitucional y que, por supuesto, no tendría asidero alguno en el marco de un sistema político autocrático donde, necesariamente, la libertad de prensa no puede tener carácter institucional ni estratégico.

El rol institucional que desempeña la prensa en un sistema democrático constitucional impone la necesidad de relativizar los derechos individuales lesionados con una publicación. Es cierto que la finalidad última de aquel sistema reside en la consagración de la libertad y dignidad del hombre. Pero también es cierto que para alcanzar semejante objetivo se ha implementado una serie de técnicas y mecanismos sin cuyo funcionamiento dichos propósitos se tornan irrealizables.

Tal es lo que acontece con las instituciones políticas y los derechos políticos que contiene la Constitución Nacional como medios indispensables para establecer y consolidar el sistema en cuyo marco se concreta la libertad y dignidad del hombre. Por tal razón, las libertades individuales no son absolutas, no solamente para armonizarlas con las libertades de los demás, sino también para hacer posible el funcionamiento del sistema político.

El voto obligatorio, el desconocimiento de derechos políticos a los extranjeros, las prerrogativas congresuales, las garantías para la independencia del Poder Judicial, el mecanismo del juicio político, la división de los poderes constituidos, la

separación entre el poder constituyente y los poderes constituidos, la regulación legislativa de los partidos políticos, la potestad impositiva, se traducen en diversas limitaciones a las libertades individuales y en un estereotipo que limita el carácter absoluto del concepto de igualdad. Entre tales instituciones figura la prensa libre cuando ella supera el ámbito de la actividad individual y se proyecta sobre el plano institucional del sistema político, en su carácter de espejo que refleja un poder político extragubernamental que el pueblo no ha delegado constitucionalmente.



## VIII

### LA REAL MALICIA

### EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

Los principios objetivos que conforman la doctrina de la real malicia facilitan considerablemente la determinación de los límites en materia de responsabilidad jurídica. Sin embargo, y a pesar de que algunos de sus contenidos fueron invocados en numerosos fallos judiciales, no ha tenido hasta el presente una aceptación uniforme en nuestra jurisprudencia.

En algunos casos, en forma aislada y parcial, nuestros tribunales intentaron establecer algunas reglas objetivas para valorar la libertad de prensa en su proyección institucional y estratégica. Así se hizo en el caso “Elnecavé”<sup>95</sup>, en “Milesi c/ Diario Clarín”<sup>96</sup>, y también en el caso “Salort c/ Diario La Prensa”<sup>97</sup>.

Sin embargo, fue en el caso “Vago c/ Ediciones de La Urraca S.A.”, resuelto el 12 de junio de 1990 por la Sala A de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, donde, por primera vez, se destacó la aplicabilidad de algunas de las reglas sistematizadas por la Suprema Corte de los Estados Unidos cuando se trata de la publicación de noticias referentes a temas de interés público, sobre funcionarios públicos o figuras públicas<sup>98</sup>.

Los hechos generadores del caso consistieron en la amplia difusión pública que tuvieron los decretos N° 2049, 2052, 2069 y 2070 de octubre de 1985, como también los fundamentos que les asignó el gobierno nacional, por los cuales se dispuso

<sup>95</sup> Jurisprudencia Argentina, 17-1973-155.

<sup>96</sup> *El Derecho*, 125-109.

<sup>97</sup> *El Derecho*, 128-361.

<sup>98</sup> *La Ley*, 1990-D-191. Los hechos del proceso son similares a los del caso “Granada c/ Diarios y Noticias” (Fallos C.S. 316;2394).

la detención de varias personas y la implantación del estado de sitio a raíz del presunto accionar de ciertos grupos que, por las vías de hecho, habrían desencadenado la alarma pública y un estado de perturbación social. A ello se agregaron las imputaciones de delitos realizadas por el Ministerio del Interior que fueron ampliamente difundidas por los medios de prensa, en algunos casos objetivamente y, en otros, por la prensa de opinión, que, según su valoración ideológica, minimizó los hechos o les asignó una relevancia mayor que la real.

En el voto de la jueza Ana María Luaces, al cual adhirieron los jueces Jorge Escuti Pizarro y Hugo Molteni<sup>99</sup>, se expresó: “Cabría pues afirmar también en la especie, tal como se lo juzgara en los precedentes judiciales antes citados, que las opiniones o críticas, cuando son dirigidas a una persona pública, no pueden ser livianamente cercenadas o dar origen al deber de indemnizar en tanto se refieren a la actividad pública que despliegan, aun cuando las expresiones empleadas o el estilo periodístico cáustico pudieren generar el disgusto del afectado. Tales criterios podrían conducir a neutralizar el valor de la libertad de prensa, salvo, claro está, cuando se incurriere en calumnias, lo que aquí no sucedió”. Agregaba: “Asimismo, la trascendencia que aquellos hechos revistieron para la vida de nuestras instituciones y la aparente gravedad de la situación que puso de manifiesto la declaración de estado de sitio inducen a otorgar preferencia a la conveniencia pública de la discusión de las ideas y el conocimiento de la realidad frente a los intereses privados, aun cuando aquella envuelva comentarios que afecten a las personas individuales (de la obra de Cooley y el caso ‘Atkinson v. Detroit Free Press’, citados también por el doctor Lascano en Fallos: t. 269, p. 205). Como ya también lo cité [...]. Sólo la libre discusión por la prensa

<sup>99</sup> Debemos destacar la participación que le cupo a Ricardo Li Rosi, entonces secretario de la sala y actual juez nacional de primera instancia en lo civil, en la recopilación y sistematización de los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales utilizados para fundamentar la sentencia.



puede hacer formar el juicio [...] sobre los hechos políticos que deban influir en la suerte de un país (Vélez Sársfield, en la 6ta. sesión ordinaria de la Convención Constituyente de 1860)".

En la sentencia del Tribunal se destacó que los hechos productores de la alarma pública y del estado de perturbación social no fueron gestados por los medios de prensa. Tampoco ellos fueron los causantes del estado de sitio, de la detención de determinadas personas y de la imputación de graves y precisos hechos delictivos.

Asimismo, considerando el interés público comprometido y que la fuente de la información estaba concentrada en el gobierno nacional, la publicación de tales acontecimientos no podía conducir a calificar como dolosa o temeraria la conducta asumida por los medios de prensa que satisficieron la necesidad cívica de conocimiento existente en la comunidad.

Sobre tal base, y con singular claridad, el fallo rescató el rol institucional y estratégico de la libertad de prensa, estableciendo genéricamente ciertas reglas objetivas que permiten visualizar, en cada caso concreto, la responsabilidad eventual de los medios de prensa. A través de la interpretación del fallo, tales reglas son:

- 1) La libertad de prensa ocupa un lugar preferente en el sistema democrático y contribuye decisivamente a la formación, información y orientación de la opinión pública.
- 2) La libertad de prensa incluye el derecho de dar y recibir información, especialmente sobre asuntos atinentes a la cosa pública o que tengan relevancia para el interés general.
- 3) La libertad de prensa no protege los abusos de expresión, pero ella engloba a las expresiones inexactas o falsas, cuya verificación acabada es innecesaria cuando se refieren a figuras públicas y respecto de temas de relevancia institucional. Como excepción, esa tutela no se aplica si se prueba que el periodista tenía conciencia de la falsedad de

la noticia y que su conducta estuvo impregnada de real malicia destinada a calumniar y difamar.

- 4) Cuando la fuente de información es el gobierno nacional, no puede afirmarse que el medio de prensa pudiera suponer la falsedad de la información, máxime cuando la falsedad no ha sido demostrada. Las opiniones que, en tales casos, la prensa expone como propias quedan sujetas al juicio de los destinatarios de la información, que ejercerán su propia crítica.

Tras sostener que el silencio de la prensa o su retraimiento hubieran causado efectos más perniciosos en la sociedad que un eventual abuso en la libertad de informar, el Tribunal destacó que la nota cuestionada contribuyó al aporte de datos que facilitaron la discusión y la información de la comunidad.

Finalmente, el fallo hizo referencia a la sentencia dictada el 17 de abril de 1990 por la Cámara Nacional Federal en lo Criminal y Correccional que absolvió el ex ministro del Interior, Antonio A. Trócoli, del delito de injurias que se le había imputado a raíz de las expresiones que emitió en una conferencia de prensa para las personas detenidas con motivo del estado de sitio. Es que, si se consideró que el funcionario gubernamental actuó con la creencia sobre la realidad de cuanto informaba y apoyándose en una decisión del Poder Ejecutivo, mal podría condenarse al medio de prensa que, sobre la base de hechos e informaciones provenientes de fuente oficial, elaboró la nota y emitió su opinión particular sobre acontecimientos públicos de relevante trascendencia para la sociedad.

Los elementos básicos que tuvo en cuenta el Tribunal al pronunciar su sentencia residieron en el carácter de figura pública que tenía el accionante y en el contenido institucional que tenían los hechos que servían de marco fáctico al proceso. Al no poder acreditar el accionante el dolo o despreocupación del medio de prensa por verificar la exactitud de la información aportada, la Cámara entendió que su petición resarcitoria no podía ser acogida.

El 19 de noviembre de 1991, la Corte Suprema de Justicia<sup>100</sup> ratificó la sentencia de la Cámara al rechazar el recurso de queja por denegación del extraordinario que había interpuesto el accionante.

En su voto, los jueces Carlos Fayt y Rodolfo Barra destacaron que "...el fundamento central utilizado por la Cámara para rechazar las pretensiones del actor consistió en que éste era una figura pública y, por lo tanto, le era necesario acreditar que los demandados habían publicado la información inexacta acerca de su persona a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación acerca de tal circunstancia, requisito éste que, a juicio del a quo, no había sido satisfecho por el actor". A continuación, y tras describir el rol de la prensa libre en un sistema democrático constitucional, ambos magistrados desarrollaron la doctrina de la real malicia (considerandos 10, 11 y 12) y aplicaron sus principios para resolver el caso. Concluyeron destacando que "...una detenida reflexión sobre los sentimientos de amor a la libertad que tiene nuestro pueblo y la convicción de que a partir de 1983 se ha iniciado en el país la etapa de la consolidación de la república democrática, conduce a la adopción, no dogmática, de técnicas de protección al derecho de prensa, reconociendo a las informaciones sobre cuestiones institucionales la presunción de legitimidad de lo publicado y la inversión de la prueba".

Los jueces Enrique Petracchi y Eduardo Moliné O'Connor también votaron por el rechazo del recurso, aunque sobre la base de que el accionante no había desvirtuado la afirmación del a quo sobre el carácter de figura pública que revestía. Tal circunstancia resultaba suficiente para confirmar la sentencia recurrida sin expedirse explícitamente sobre la aceptación o el rechazo de la doctrina de la real malicia.

Por su parte, los jueces Julio Nazareno y Antonio Boggiano, si bien votaron en igual sentido que sus colegas, tampoco invocaron expresamente aquella doctrina sino que aludieron a

<sup>100</sup> Fallos C.S. 314:1517.

las fuentes oficiales, debidamente acreditadas, de las cuales provinieron las informaciones calificadas como agraviantes por el accionante y que había reproducido el medio de prensa, conforme a los lineamientos de la doctrina “Campillay”.

Sin embargo, y hasta ese momento, no se podía sostener con certeza que la Corte Suprema de Justicia hubiera aceptado la doctrina de la real malicia o hubiera dispuesto su rechazo.

En el caso “Costa c/ Municipalidad”<sup>101</sup>, resuelto el 12 de marzo de 1987, en el voto de la mayoría, integrada por los jueces Augusto Belluscio, Enrique Petracchi y Jorge Bacqué, la resolución condenatoria para los medios de prensa que habían difundido una información inexacta y agraviante para un funcionario municipal se basó sobre la doctrina “Campillay”. Es cierto que, tras expresar que “sobre el particular, la Corte de los Estados Unidos, cuya jurisprudencia resulta de innegable valor por el modo semejante en que su Constitución y la nuestra garantizan la libertad de prensa...”, citaron la doctrina de la real malicia. Pero la consideraron inaplicable al caso porque el agraviado, si bien era empleado público, no alcanzaba, según ellos, a ser un funcionario público o una figura pública (consid. 10 a 12).

Sin embargo, bien se podía entender que se trataba de un funcionario público tal como lo expresó, en su voto en disidencia, el juez Carlos S. Fayt: “...el actor, quien se desempeñaba como empleado administrativo en la Inspección General de la Municipalidad, no sólo pretendió arrogarse la calidad de inspector municipal que no poseía, sino que así lo hizo [...] en las cercanías de la dependencia comunal sita en Leiva 4265 de esta ciudad, lugar donde se realizaban gestiones para la habilitación de vehículos taxímetros ...”.

En el caso Abad<sup>102</sup>, resuelto el 7 de abril de 1992, los jueces Enrique Petracchi, Julio Nazareno, Augusto Belluscio y

<sup>101</sup> Fallos C.S. 310:508.

<sup>102</sup> Fallos C.S. 315:632.

Antonio Boggiano aplicaron, para resolver un caso de naturaleza penal, los principios de la doctrina "Campillay": "Ello no implica imponer a los responsables el deber de verificar en cada supuesto la exactitud de una noticia sino de adecuar, primeramente, la información a los datos suministrados por la propia realidad, máxime cuando se trata de noticias con evidente potencialidad calumniosa o difamatoria, y en todo caso, el deber de difundir el informe atribuyendo directamente su contenido a la fuente, utilizando un tiempo de verbo potencial o guardando reserva sobre la identidad de los implicados en el hecho ilícito".

En cambio, en el voto de los jueces Mariano Cavagna Martínez, Rodolfo Barra y Carlos S. Fayt, se acudió a las reglas de la real malicia para la decisión del caso. Tras describir el contenido de ella, señalaron: "Que de lo expuesto resulta que la sentencia del a quo es constitucionalmente deficiente pues desprotege el derecho de prensa y lo desampara de las garantías que lo resguardan para que pueda ejercer en plenitud su deber de informar al pueblo sobre cualquier asunto de interés público actual. Esto es así, porque en esta acción por calumnias en la que el recurrente no ha probado que los querellados hubieran obrado con intención de dañar [...] se ha penado con prisión a los autores de una nota publicada con el objeto de alertar a la ciudadanía sobre una acción conspirativa contra el sistema constitucional. Se ha violado así el principio de que el derecho de información sobre cuestiones de interés público está garantizado por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional, y desconocido la presunción de licitud que protege a la prensa cuando cumple con el deber de comunicar a la ciudadanía toda noticia relacionada con la seguridad de la República y la preservación del sistema democrático".

El caso "Triacca c/ Diario La Razón y DYN"<sup>103</sup>, del 26 de octubre de 1993, fue resuelto con la aplicación de la doctrina

<sup>103</sup> Fallos C.S. 316:2417.

“Campillay”. Sin embargo, tanto en el voto mayoritario, como en el minoritario, se aceptó expresamente que, de haber sido distinta la situación de hecho planteada, la solución del caso podría haberse concretado a la luz de los principios de la real malicia.

Así, en el considerando 13 del voto del los jueces Antonio Boggiano, Rodolfo Barra, Julio Nazareno, Ricardo Levene y Eduardo Moliné O'Connor, se expresó: “Que, en consecuencia, cabe señalar que en el caso no hubo falsedad por parte de la demandada en el comunicado N° 115, en tanto aquélla individualizó a la fuente y la transcribió textualmente, circunstancia que torna innecesario el examen del caso a la luz del precedente estadounidense ‘New York Times v. Sullivan’. Ello es así, pues el criterio jurisprudencial citado, al fundarse en el grado de culpabilidad con la que obró el agente, presupone obviamente la existencia de una información objetivamente falsa”.

A su vez, los jueces Carlos S. Fayt, Augusto Belluscio y Enrique Petracchi, en el considerando 13, también expresaron: “En consecuencia, cabe señalar que en el caso no hubo falsedad por parte de la demandada en el comunicado N° 115, en tanto aquélla individualizó a la fuente y la transcribió fielmente. Ello hace innecesario examinarlo a la luz del precedente estadounidense ‘New York Times v. Sullivan’ (376 U.S. 254), adoptado por la jurisprudencia del Tribunal (confr. ‘Costa’ cit.; voto de los jueces Fayt y Barra in re: V. 91. XXIII ‘Vago Jorge Antonio c/ Ediciones de La Urraca S.A.’, del 19 de noviembre de 1991; disidencia de los jueces Fayt, Barra y Cavagna Martínez, in re: A. 163. XXIII ‘Abad, Manuel Eduardo y otros’, del 7 de abril de 1992 y disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Barra, in re: T. 50. XXIII ‘Tavares, Flavio Aristides s/ Calumnias e injurias’, del 19 de agosto de 1992). Ello es así, pues el criterio de *The New York Times*, al fundarse en el grado de culpabilidad con la que obró el agente, presupone obviamente la existencia de una información objetiva-

mente falsa. Sólo sobre esta base tiene sentido hablar de ‘malicia o grave negligencia’ como lo hace el a quo”.

Sin embargo, al haber admitido que el accionante era una figura pública, la aplicación de la real malicia hubiera determinado el rechazo de la demanda porque no se probó la falsedad de la información, a menos que el tribunal hubiera entendido que esa información no recaía sobre un tema de interés institucional o de relevante interés público, lo cual resultaba por demás opinable dadas las circunstancias del caso<sup>104</sup>.

En el pronunciamiento revocado, la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, por el voto del juez Santos Cifuentes, al cual adhirió el juez Jorge Alterini, había efectuado una interpretación errónea de la doctrina de la real malicia porque en momento alguno consideró que las expresiones contenidas en el comunicado periodístico eran falsas, por el contrario, estaba probada su veracidad. Y, precisamente, es presupuesto de dicha doctrina la prueba previa y fehaciente de la falsedad.

Si bien en el caso “Triacca” los ministros de la Corte no acudieron a la doctrina de la real malicia para resolver la cuestión planteada, es importante destacar que todos ellos aceptaron su eventual aplicación en el marco del ordenamiento jurídico argentino.

Con cierta frecuencia se advierte que algunos jueces de tribunales inferiores no conocen debidamente las reglas de la doctrina de la real malicia, o desvirtúan sus contenidos en sustento de ciertas posturas jurídicas predeterminadas.

En el caso “Cancela c/ Artear S.A.”, resuelto el 28 de octubre de 1994 por la Sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil<sup>105</sup>, se decidió que aquella doctrina era

<sup>104</sup> El interés institucional y público resultaba de la imputación del delito de homicidio y tráfico de drogas a un ex diputado nacional que se había desempeñado como custodio del demandante.

<sup>105</sup> *El Derecho*, 161-374.

inaplicable cuando las manifestaciones vertidas en un programa de televisión humorístico y en el marco de una parodia, calificadas como agraviantes, estaban dirigidas a un magistrado judicial. El juez Jorge Giardulli, a cuya opinión adhirió el magistrado Emilio Pascual, destacó que “según dicha doctrina, las personas y los funcionarios públicos afectados en su honor o intimidad por los medios de prensa deben probar que la información o la lesión de sus derechos fue efectuada a sabiendas de la falsedad o con total despreocupación acerca de las circunstancias, mientras que tratándose de ciudadanos particulares les basta con acreditar una negligencia mínima para que proceda la reparación”.

Esta conclusión es inexacta, porque la doctrina de la real malicia no propicia la acreditación de “una negligencia mínima” cuando es inviable su aplicación, sino la vigencia del derecho común que, en el caso de nuestra ley civil, sí prevé la acreditación de la simple culpa.

Agregó el juez Giardulli: “La distinción radica en que las primeras tienen una mayor posibilidad de acceso a los medios de comunicación para defenderse...” y que “en el caso de autos, la aplicación de tal doctrina resulta improcedente toda vez que, normalmente, un juez de la Nación no acostumbra ni tiene posibilidad ni por qué acceder a los medios de comunicación para acreditar que cumple con sus funciones en la forma más correcta posible”.

Esta conclusión también es inexacta, porque, a los fines de la aplicación de la real malicia, no interesa si una persona tiene o no posibilidades de expresar sus puntos de vista mediante la prensa. El fundamento de la doctrina es de orden institucional y, por tal razón, es aplicable a los funcionarios públicos, a las figuras públicas y a los particulares involucrados en temas de interés institucional o de relevante y justificado interés público. Y en el caso “Cancela”, por tratarse de un juez que, como tal, integra uno de los poderes que ejerce el gobierno, no cabe duda de que nos enfrentamos con un funcionario



gubernamental<sup>106</sup>. Si bien puede no ser una figura pública, es evidente que se trata de un funcionario público que accedió al cargo voluntariamente y está expuesto a las críticas y parodias de sus mandantes, los ciudadanos<sup>107</sup>. Por otra parte, al tratarse de una parodia, las expresiones carecen de credibilidad para el público y, por ende, de efectos desacreditantes.

La sentencia fue recurrida ante la Corte Suprema de Justicia<sup>108</sup> que, por decisión de la mayoría, confirmó el pronunciamiento de la Cámara.

La descripción de los antecedentes del caso por el tribunal fue la siguiente: el juez Cancela señaló que en un programa de televisión “cuya idea, guión y producción pertenecían a la codemandada Acher Mizraji (conocida artísticamente como Gabriela Acher) –quien contó con la colaboración en el guión de la codemandada Burundarena y que fue emitido por la citada onda televisiva– se proyectó un *sketch* cuyo tema era una parodia del funcionamiento de la administración de justicia en los asuntos de familia. El referido corto humorístico –según pudo corroborarse con la pertinente videograbación– se inició con un primer plano de la entrada de la secretaría privada del juzgado, en cuya puerta un cartel rezaba “Juzgado de Familia, Juez Dr. Cancela”. Allí llegaba una madre de aspecto humilde y agobiado, acompañada por cinco niños de corta edad. De mala manera eran atendidos por la secretaria privada –papel representado por un hombre disfrazado de mujer– quien, mientras comía de un modo grosero, respondía a la solicitud de la madre de ver al juez por un reclamo de alimentos: “El juez está comiendo”. Ante un intento de esperarlo, la madre recibía un tratamiento agresivo

<sup>106</sup> En “Garrison v. Louisiana” (379 U.S. 64 de 1964), la Suprema Corte de los Estados Unidos incluyó a los jueces entre los funcionarios públicos.

<sup>107</sup> El voto en disidencia formulado por el juez Carlos Polak merece una particular consideración por el sentido del humor y la razonabilidad de sus argumentos.

<sup>108</sup> Fallos C.S. 321:2637.

por parte de la secretaria privada, quien terminaba su párrafo diciendo: “Usted se piensa que el juez tiene tiempo de atenderla? El juez está muy ocupado haciendo justicia”. Inmediatamente, y después de un ridículo asesoramiento por la secretaria privada, ésta le informaba que podría cobrar los alimentos en una supuesta caja del juzgado; allí la esperaba un cajero que le entregaba su cuota alimentaria: un paquete de papas fritas. La escena terminaba con el llanto de la madre.

El reclamo del juez Cancela residía en que “el *sketch* lo agravió en forma gratuita, ya que representó a su juzgado como un caos, donde la justicia brillaba por su ausencia, las cuestiones más delicadas estaban en manos de empleados administrativos arbitrarios y groseros, y donde el juez se desatendía de los problemas angustiantes de quienes acudían en búsqueda de justicia”.

En su momento, Burundarena<sup>109</sup> había expresado que utilizó el nombre de Cancela porque recordaba que su juicio de divorcio tramitó ante ese juzgado, y que le resultaba paradójico que la “cancelación” del matrimonio la dispusiera un magistrado que se llamaba Cancela. Por tal razón había retenido ese apellido en su memoria.

Los ministros Nazareno, Moliné O’Connor y Vázquez, al confirmar la sentencia, no hicieron referencia alguna a la real malicia. Sostuvieron: “Toda vez que la gestión personal del doctor Cancela como magistrado –que goza de un merecido prestigio por su trayectoria en el fuero civil– no pretendió ser cuestionada con el comentario humorístico, la inclusión de su apellido no aparece como un recurso justificado en pos de la crítica de las instituciones, sino –por el contrario– como un acto imprudente, desaprensivo y violatorio del principio *alterum non leadere*, carente por ello de amparo constitucional”.

<sup>109</sup> Se trataba de Maritena Inés Burundarena, quien años más tarde adquirió notoriedad con motivo del fino humor periodístico que desplegó en el diario *La Nación* bajo el seudónimo “Maitena”.

Pero también destacaron que la garantía constitucional que ampara la libertad de expresarse por la prensa se extiende a las manifestaciones “vertidas en programas de corte humorístico, destinados a la sátira social o política (Fallos 315:1943)”. Asimismo, que “las críticas al ejercicio de la función pública, por ese motivo, no pueden ser sancionadas aun cuando estén concebidas en términos cáusticos, vehementes, hirientes, excesivamente duros o irritantes (Fallos 308:789), y no quedan exentos de ellas ni siquiera los jueces de la Nación (Fallos 269:200), siempre que se encuentren ordenadas al justificable fin del control de los actos de gobierno”.

En cambio, aunque compartiendo el voto de la mayoría, el ministro Boggiano, tras citar la doctrina de la real malicia, entendió que era inaplicable al caso porque, mediante la parodia considerada ofensiva, los demandados “no pretendieron dirigirse contra la persona del actor ni proporcionar datos sobre su persona o su desempeño personal como magistrado, sino que sólo procuraron realizar una crítica genérica al funcionamiento de los juzgados de familia”.

En la disidencia de los ministros Belluscio y Bossert, también se hizo referencia a la real malicia, aunque considerando que ella era inaplicable al caso porque se trataba de la emisión de opiniones, juicios de valor e ideas. Sostuvieron que no estaba acreditada la culpa de los demandados para atribuirles responsabilidad. La doctrina no fue invocada, en su voto, por el ministro Petracchi, aunque citó el precedente de “Hustler Magazine v. Falwell”<sup>110</sup>. Entendió, para propiciar la revocación de la sentencia, que se atentaría contra la libertad de expresión “si debiera atenderse prioritariamente a las exigencias de quienes –con exacerbada susceptibilidad y, a veces, con falta de sentido del humor– se sienten afectados por ellas”.

Advertimos que, con un criterio dogmático, muchas veces no se toleran los eventuales excesos en el ejercicio de la liber-

<sup>110</sup> 485 U.S. 46 (1988).

tad de expresión, y se propicia su sanción objetiva con prescindencia de las circunstancias fácticas del caso. De tal manera, se aplica un estricto control judicial mediante la coerción sancionatoria, aunque la manifestación de aquélla supere los límites de su dimensión individual. No se advierte, o no se acepta, la distinción que media entre esa dimensión individual y las proyecciones institucionales o estratégicas que, en el caso concreto, puede acarrear la libertad de prensa. Por tal razón, con el quizás loable propósito de proteger al individuo que fue agredido por quien criticó su conducta, se aplican en el ámbito institucional o estratégico los criterios de responsabilidad jurídica que, si bien son comprensibles en aquella dimensión individual, no lo son en las restantes debido a la tipificación de un sistema democrático constitucional.

La difusión de este criterio amplía considerablemente las restricciones para el ejercicio de la libertad de prensa, fomenta la autocensura y revela una absoluta falta de confianza en la eficiencia de los anticuerpos que emergen de la naturaleza del ser humano. Sin embargo, tales anticuerpos proyectados sobre la comunidad producen invariablemente, en forma inmediata o mediata, las sanciones sociales para quienes ejercen abusiva e innecesariamente una libertad sin que sea menester la tutela emanada de un paternalismo autoritario. En rigor, la perfección social, a la luz de los valores subjetivos de una persona, es una utopía que, si no es admitida como tal, fomenta inconscientemente el autoritarismo y la intolerancia frente a aquellos actos que obstarían al logro de aquella perfección.

Esta idea se enfrenta con la expuesta por el juez Guillermo Rivarola en el caso "Morales Solá"<sup>111</sup>, en el que el 22 de febrero de 1995, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional condenó a la pena de tres meses de prisión a un periodista porque, en un libro, adjudicó a un funcionario público el propósito de sustituir el uniforme

<sup>111</sup> *El Derecho*, 164-407.

del cuerpo de granaderos a caballo, lo cual fue calificado como delito de injuria: “Con ser esencial, y ocupar un lugar eminente, la libertad de prensa, que nuestra Constitución Nacional y las leyes protegen primorosamente, sólo es concebible en el seno de una sociedad de hombres libres, responsables y honorables, cuya personalidad se encuentra protegida para su pleno y mejor desarrollo, pues evidentemente, la libertad de prensa florece allí donde existe terreno fértil, y no bajo regímenes tiránicos que fácilmente la destruyen”.

Por el contrario, creo que ese terreno fértil es forjado por el previo y desinhibido ejercicio de la libertad de prensa, que no solamente es la mejor de las defensas que se pueden interponer ante los avances del autoritarismo, sino también el ariete más eficaz para precipitar su destrucción, tal como aconteció con la Unión Soviética y sus regímenes satélites a fines del siglo XX.

Una muestra representativa, por su jerarquía intelectual, de esta concepción que no compartimos resulta del meduloso voto formulado por el juez Eduardo Vocos Conesa cuando la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal decidió, el 10 de febrero de 1995, el caso “Ramos c/ LR2 Radio Belgrano”<sup>112</sup>.

El magistrado, tras describir correctamente la doctrina de la real malicia y expresar que “acertada o no, lo indudable es que hoy por hoy es la doctrina del Alto Tribunal, intérprete supremo de las normas constitucionales”, se abstuvo de aplicar las reglas que la integran. En efecto, dispuso la condena civil de un periodista, a pesar de estar acreditada la veracidad objetiva de sus comentarios en la medida en que se limitaron a reproducir críticamente, en el curso de un programa radial, una publicación atinente al ilícito comportamiento en que habría incurrido un funcionario público. Su decisión, compartida por el juez Pablo Gallegos Fedriani, fue la respuesta del magistrado al fallo de la Corte Suprema de Justicia que había revocado

<sup>112</sup> *El Derecho*, 165-127.

la censura previa para un programa de televisión ordenada por aquella sala en el caso "Servini de Cubría"<sup>113</sup>.

El juez Vocos Conesa, con un enfoque subjetivamente dialéctico, cuestionó la inserción en nuestra doctrina judicial de las reglas de la real malicia emanadas de una interpretación de la Enmienda I de la Constitución de los Estados Unidos, "porque las valoraciones ético-jurídicas y las costumbres de nuestro pueblo muestran marcadas diferencias con las que imperan en el país del Norte (léase aborto, pena de muerte, eutanasia, fecundaciones in vitro, intervenciones quirúrgicas para el cambio de sexo, etc.), y además porque en la Argentina no se aplica la teoría de los daños punitivos"<sup>114</sup>.

Sin embargo, no se ajusta estrictamente a la verdad que difieran las valoraciones éticas y las costumbres entre nuestro país y los Estados Unidos sobre tales temas como para justificar la inaplicabilidad de la real malicia. En ambos países hay partidarios y detractores de las soluciones ofrecidas a aquellos temas. La diferencia reside en que el debate sobre esas cuestiones es mucho más amplio, desinhibido y tolerante en el país del Norte porque se desarrolla en el seno de una sociedad donde la libertad de prensa está firmemente arraigada. Pero en modo alguno significa que el grueso de los integrantes de la sociedad estadounidense propicie el aborto, la pena de muerte, la eutanasia y otros aspectos que afectan la sensibilidad social, como tampoco que el grueso de la sociedad argentina rechace tales, a nuestro modo de ver, estigmas sociales. Y esa diferencia en el matiz público del debate es consecuencia del grado

<sup>113</sup> Fallos C.S. 315:1943.

<sup>114</sup> La doctrina de la real malicia, en los casos que atañen a figuras públicas o funcionarios públicos, se aplica sin distinciones tanto a los daños resarcitorios como a los punitivos. Por otra parte, no en todos los Estados de la Unión se aceptan las reglas del *common law* sobre los daños punitivos o con iguales modalidades, dada la facultad constitucional que tienen para dictarse sus leyes de fondo. Potestad que, en cambio, nuestra Ley Fundamental reserva al Congreso Nacional (art. 75, inc. 12, C.N.).

de cultura democrática imperante en ambos países. Cultura que se traduce en los Estados Unidos, a título de ejemplo, en un respeto singular hacia la Ley Fundamental aunque no se compartan algunas de sus cláusulas, en el rechazo de los golpes de Estado, la condena a la corrupción tanto en el ámbito del gobierno como de la actividad privada, el fiel cumplimiento de las obligaciones fiscales, la multiplicidad de organismos privados destinados a fomentar la solidaridad social y las artes, y la exigencia de un comportamiento éticamente ejemplar a los funcionarios gubernamentales y a las figuras públicas, tanto en su vida pública como privada<sup>115</sup>.

El juez Vocos Conesa añadió su visión sumamente negativa y pesimista sobre el libre desenvolvimiento de la libertad de expresión, particularmente a través de los medios televisivos, propiciando paliar sus efectos, en ciertos casos, mediante la censura previa: “Es claro, empero, que muchas veces la agresión a la privacidad y al honor son prácticamente irreparables a posteriori [...]. Y, en tal supuesto, la prevalencia otorgada a la libertad de expresión —que no debe ser derivada del art. 32, cuyo objetivo fue totalmente distinto— se transforma, por la fuerza de los hechos, en la desprotección total del derecho personalísimo afectado o amenazado”. En esta justificación de la censura previa, el magistrado se adscribió a la teoría que, de manera abstracta, formula una escala jerárquica entre las diversas libertades humanas.

No compartimos la opinión del distinguido magistrado sobre la existencia de una jerarquía ontológica de las libertades individuales. Gráficamente, expone su tesis arguyendo que cualquier persona, si tuviera que optar entre el derecho a su vida y el derecho de navegar los ríos, seguramente se decidirá por el

<sup>115</sup> En la política argentina no hemos presenciado condenas sociales tan intensas como las padecidas por Edward Kennedy, Richard Nixon y Gary Hart con motivo del cuestionamiento de su valentía, vida sexual o las mentiras por ellos expresadas sobre aspectos íntimos de sus vidas privadas o actos ilícitos.

primero. Es posible que muchos individuos así lo hagan. Pero también es cierto que muchas personas preferirían ejercer el derecho de navegar a vivir como esclavos, sin dignidad o sometidos a la humillación del autoritarismo. Sólo una concepción materialista de la vida puede dar preferencia a esa libertad bajo cualquier circunstancia.

Es evidente que los criterios permisivos para la sanción de los presuntos abusos de prensa conducen a la autocensura y a la consiguiente falta de conocimientos de la sociedad sobre hechos de relevante interés público, de gravedad institucional o que atañen al comportamiento de funcionarios y figuras públicas. Se procura remediar el daño aplicando un remedio peor que la enfermedad, y abriendo una brecha por la cual se filtrarán los más audaces atentados contra la libertad de expresión.

En el caso “Suárez s/ querrella c/ Cherashny”, del 4 de mayo de 1995, planteado ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>116</sup>, fue nuevamente considerada la doctrina de la real malicia.

La Corte entendió en el recurso interpuesto contra la sentencia que había condenado a un periodista a un año y seis meses de prisión, por ser el autor responsable de los delitos de calumnias e injurias cometidos contra un funcionario público, al haberle imputado la comisión de presuntas irregularidades en perjuicio de la administración pública.

En la sentencia condenatoria se había destacado que el querellante había probado la falsedad de todas las imputaciones que se le habían hecho. En cuanto al aspecto subjetivo, se puntualizó que “habida cuenta de la función que ejercía Suárez y de la trascendencia que habría de tener lo publicado, el procesado debió, cuando menos, haber intentado cerciorarse de su veracidad, actitud que no sólo no surge de la prueba colectada sino que tampoco ha sido probada por la defensa de

<sup>116</sup> Fallos C.S. 318:823.



Cherashny, quedando demostrado de esta forma el accionar doloso del imputado”.

La mayoría de los jueces de la Corte desestimó el recurso extraordinario interpuesto por razones formales basadas sobre el planteamiento procesalmente incorrecto de la defensa ante ese Tribunal y sin expedirse sobre la doctrina de la real malicia.

En cambio, los jueces Carlos Fayt, Enrique Petracchi y Antonio Boggiano votaron por la revocatoria del fallo condenatorio aplicando la doctrina de la real malicia. Señalaron: “Esta Corte ha resuelto que es inválida la sentencia de la instancia anterior que había condenado a un periodista por el delito de injurias en razón de haber publicado una información falsa, si no se había acreditado que el autor de la información tenía conocimiento de la falsedad o, al menos, que aquél se había representado efectivamente tal posibilidad”<sup>117</sup>, y agregaron que el incumplimiento por el periodista de la obligación que tendría, a criterio del a quo, de verificar la veracidad de sus manifestaciones, “sólo alcanzaría a acreditar el comportamiento negligente del imputado pero de ninguna manera resulta idónea para dar por probado su dolo —o la real malicia conforme a los términos empleados en el recurso extraordinario—, el cual exige, como se ha visto, el conocimiento de la falsedad o, al menos, la efectiva representación de tal posibilidad y la indiferencia respecto del resultado lesivo al honor que surja de la publicación de la noticia”.

Una situación similar se presentó en el caso “Rodríguez, Horacio”<sup>118</sup> con motivo de la condena de un año y medio de prisión aplicada a un prestigioso periodista del diario *La Prensa* por haber cometido el delito de calumnia en perjuicio de un funcionario público al sostener que estaba involucrado en una causa penal por haber cometido actos delictivos durante su

<sup>117</sup> Caso “Ramos” del 16 de noviembre de 1993 (Fallos C.S. 316:2548).

<sup>118</sup> Fallos C.S. 318:1114.

gestión. El 30 de mayo de 1995, la mayoría de los integrantes de la Corte resolvió rechazar, por razones formales, el recurso de queja por denegación del extraordinario que había interpuesto el defensor del periodista.

En cambio, en el voto en disidencia, formulado por los jueces Carlos Fayt y Antonio Boggiano, se propició la revocación de la sentencia aplicando las reglas de la real malicia. Reiterando el concepto expuesto por los jueces Rodolfo Barra y Carlos Fayt al decidir el caso “Vago c/ Ediciones de La Urraca S.A.”<sup>119</sup>, los magistrados expresaron que “esa doctrina se resume en la exculpación de los periodistas acusados criminalmente o procesados civilmente por daños y perjuicios causados por informaciones falsas, poniendo a cargo de los querellantes o demandantes la prueba de que las informaciones falsas lo fueron con conocimiento de que eran falsas o con imprudente y notoria despreocupación sobre si eran o no falsas. El punto de partida está en el valor absoluto que debe tener la noticia en sí, esto es, su relación directa con un interés público y su trascendencia para la vida social, política o institucional. Se suma la misión de la prensa, su deber de informar a la opinión pública proporcionando el conocimiento de qué y cómo actúan sus representantes y administradores; si han cometido hechos que deben ser investigados o incurren en abusos, desviaciones o excesos y si en esos hechos han intervenido funcionarios o figuras públicas, incluso particulares que han adquirido notoriedad suficiente para encontrarse involucrados voluntariamente en la cuestión pública de que se trata la información, su situación los obliga a demostrar la falsedad de la noticia, el dolo o la inexcusable negligencia de la prensa. En consecuencia, el derecho de prensa no ampara los agravios, la injuria, la calumnia, la difamación. No protege la falsedad ni la mentira, ni la inexactitud cuando es fruto de la total y absoluta despreocupación por verificar la realidad de la información. Ampara, sí, a la prensa cuando la información se

<sup>119</sup> Fallos C.S. 314:1517.

refiere a cuestiones públicas, a funcionarios, figuras públicas o particulares involucrados en ella, aun si la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, en cuyo caso los que se consideren afectados deben demostrar que el periodista conocía la falsedad de la noticia y obró con real malicia con el propósito de injuriar o calumniar. Pero a la vez la prensa no puede abandonar su función de factor esencial para el esclarecimiento de la conducta de los funcionarios, sobre todo en países que, como el nuestro, carecen de un órgano institucionalizado que asuma prioritariamente la defensa de aquellos intereses calificados como difusos”.

En 1990, el periodista Joaquín Morales Solá publicó el libro *Asalto a la ilusión*. En uno de sus capítulos decía que “los días inaugurales de la democracia fueron testigos de dispartes notables entre los civiles que llegaban al poder. Por ejemplo, un viejo amigo de Alfonsín, el abogado Dante Giadone, que se había retirado como suboficial del Ejército, propuso al Presidente sacarle el uniforme al regimiento de Granaderos –tradicional custodia de mandatarios– y vestirlos de civil. Alfonsín levantó la mirada y le suplicó: ‘Por favor, piensen en lo que dicen antes de hacerme perder el tiempo’, pero la fiesta parecía interminable y se suponía que había espacio para cualquier algarada”.

Giadone, quien revistió el cargo de secretario en la Presidencia, consideró que la referencia a su conducta configuraba una lesión al honor y promovió una querrela penal contra Morales Solá. En primera instancia, Morales Solá fue absuelto de culpa y cargo. Pero la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional revocó la sentencia y lo condenó a la pena de tres meses de prisión como autor responsable del delito de injurias.

Esa sentencia fue revocada por la Corte Suprema de Justicia el 12 de noviembre de 1996<sup>120</sup>. La decisión de la Corte fue

<sup>120</sup> Fallos C.S. 319:2741.

unánime, aunque basada sobre los fundamentos expuestos en siete votos.

Los ministros Nazareno, Moliné O'Connor y López sostuvieron que tanto el recurrente como la Cámara de Apelaciones habían fundado sus argumentos sobre los principios de la real malicia y que, por ende, los agravios referentes a la interpretación de esa doctrina eran insuficientes a los fines del recurso extraordinario. Añadieron que el a quo había expresado que “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”. Sin embargo, entendieron que no estaba probado el dolo de Morales Solá porque, “en este sentido, la Alzada afirmó que no hay duda de que Morales Solá sabía lo que decía, y es más, conocía el carácter disvalioso de la imputación que hacía [...] y más aun debía tener serias dudas, como mínimo, sobre la verdad de la afirmación, expresión de marcado dogmatismo que no se compadece con las constancias de autos”, añadió que el Tribunal había invertido la carga de la prueba en perjuicio del querellado. En efecto, cinco años antes, ese fragmento había sido publicado por Morales Solá en el diario *Clarín*, sin que recibiera reclamo alguno del querellante. Tal hecho, a criterio de los ministros de la Corte, permitía presumir que el querellante tenía la convicción sobre la veracidad de la información que reprodujo en su libro.

El ministro Belluscio se remitió, indirectamente, a la doctrina de la real malicia cuando invocó los considerandos 10 a 13 del caso “Costa”. En ellos, se destacó la inaplicabilidad de la real malicia porque la información no se refería a un funcionario público. En cambio, en el caso “Morales Solá”, el agraviado había sido un funcionario público: “Que en atención a que en el sub lite la injuria se habría cometido por un medio

indirecto de comunicación, cual es el texto de un libro publicado, la apreciación de las circunstancias que hacen a la tipificación del delito, propia de los jueces de la causa, debe hacerse a la luz de la doctrina de esta Corte sobre el alcance y la protección de la libertad de prensa —comprensiva de la libertad de información y de expresión de ideas— en nuestro sistema constitucional, a fin de evitar que un énfasis excesivo en la prueba de la falsedad objetiva de la noticia, o una equivocada ponderación del dolo del sujeto activo, o un olvido del *standard* atenuado de responsabilidad que corresponde cuando el sujeto pasivo de la deshonra es un funcionario público (doctrina de Fallos 310:508, considerandos 10 a 13), lleve a una inhibición de los medios y a constituir una obstrucción en el desempeño de las funciones esenciales que la prensa cumple en una república”.

Belluscio añadió que, a su criterio, las expresiones que había emitido Morales Solá, dadas las circunstancias de personas, tiempo y lugar, carecían de aptitud suficiente para lesionar el honor del querellante y que, por otra parte, no se había probado el dolo del querellado: “En efecto, atribuir a Morales Solá el conocimiento de la falsedad de sus afirmaciones descalifica el fallo de cámara por apartamiento de las constancias comprobantes de la causa, de las que resultan indicios serios que sustentan la conclusión contraria. Aun cuando no pudo demostrarse si el periodista había recibido la información de la fuente confiable que citó —un ex ministro de Defensa de la Nación—, e incluso en el supuesto de que esta información se revelase como objetivamente no veraz, era relevante ponderar la creencia del querellado, de buena fe, en la adecuación de la información a la realidad”.

El ministro Boggiano basó su voto sobre las reglas de la real malicia. Destacó: “Que esta Corte adoptó, a partir del precedente de Fallos 314:1517, el *standard* jurisprudencial creado por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso “New York Times v. Sullivan” (376 U.S. 255; 1964), que se

ha dado en llamar la doctrina de la real malicia y cuyo objetivo es procurar un equilibrio razonable entre la función de la prensa y los derechos individuales que hubieran sido afectados por comentarios lesivos a funcionarios públicos, figuras públicas y aun particulares que hubieran intervenido en cuestiones de interés público objeto de la información o crónica”. Agregó que “si bien el *standard* atenuado de responsabilidad que corresponde en los casos en que el sujeto pasivo de la deshonra es un funcionario público (doctrina de Fallos 310:508, considerandos 10 a 13) pone a cargo de quien inicia una demanda o querrela la prueba conducente a esos fines, ello no obsta a que se permita al demandado o al querrellado probar que de su parte no ha habido esa desaprensión”.

Boggiano afirmó que si bien Morales Solá no pudo probar que su fuente informativa había sido el ex ministro de Defensa de la Nación Raúl Borrás debido a que había fallecido, tampoco se había probado su dolo como presupuesto indispensable para la conformación del delito de injurias.

El ministro Adolfo Vázquez, tras puntualizar: “Esta Corte ha adoptado –en línea hermenéutica semejante a la utilizada por otros tribunales constitucionales– el *standard* jurisprudencial creado por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el caso ‘New York Times v. Sullivan’”, añadió que “en casos como el presente, cuando existe un conflicto entre la libertad de expresión y lo atinente al derecho a la personalidad (como el honor, integridad moral, intimidad, imagen, prestigio, recato patrimonial, etc.) perteneciente a un individuo con dimensión pública, sea por el cargo que ocupa, la función que realiza o la actividad por la que se lo conoce”, corresponde acudir a aquella doctrina.

Tras expresar que la real malicia tiene vigencia tanto en materia penal como civil, Vázquez expuso que “la atribución del conocimiento de la falsedad de la información al querrellado, basada en cuestiones dogmáticas, ajenas a las constancias sumariales y fundadas en una apreciación parcializada de la

prueba, provoca una restricción a ese derecho, negando la posibilidad de brindar información sobre temas de interés público, lo que descalifica el fallo apelado”.

El ministro Fayt entendió que, formalmente, la Cámara de Apelaciones se había adecuado a las reglas de la real malicia. Pero “la valoración de las circunstancias de hecho que el a quo formula es claramente contraria a esa doctrina, pues entiendo configurada la real malicia a partir de una conclusión que – más allá de carecer de todo respaldo probatorio– es abiertamente insuficiente a ese fin, esto es, las serias dudas que el recurrente debía tener sobre la verdad de la afirmación. Ello es así porque, por un lado, tal doctrina exige que la condena al periodista se funde en la prueba a cargo del querellante de que las informaciones falsas lo fueron con conocimiento de que eran falsas o con imprudencia y notoria despreocupación sobre si eran o no falsas (Fallos 314:1517 antes citado), extremos claramente diversos de las serias dudas que sobre el punto pudiera tener el periodista”. Por otra parte, para Fayt, la publicación carecía de entidad agravante teniendo en cuenta los hechos, de notorio interés público, que describía insertados en un proceso histórico de transición democrática.

El ministro Petracchi, después de transcribir algunos párrafos de los fallos “New York Times v. Sullivan” y “Gertz v. Welch”, señaló que la postura adoptada por la Cámara de Apelaciones era incompatible “con los principios constitucionales en materia de libertad de expresión”, ya que, “si se acepta un concepto de dolo típico que se satisface con la mera conciencia del carácter ofensivo de los dichos (con independencia de que sean verdaderos o no), se torna entonces imperioso examinar – en el ámbito de las causas de justificación– a la disposición subjetiva con la cual el agente actuó respecto de la información que luego se acreditó objetivamente no veraz. Esto es así, pues la tutela constitucional de la libertad de expresión no puede limitarse a las informaciones que –con posterioridad al hecho– son declaradas verdaderas por un órgano jurisdiccional, exclu-

yendo de aquella protección a las que, aun no siendo ajustadas a la verdad, han sido emitidas –ex ante– en la creencia de serlo”.

Por su parte, el ministro Bossert recalcó: “Que sin perjuicio de lo expresado, atento a los términos de los votos que se refieren a que basta en el delito de injurias con que el actor actúe con dolo, esto es conocer y tener voluntad de realización del tipo objetivo con prescindencia de la veracidad o falsedad de su afirmación –a pesar de que luego resuelve la cuestión a la luz de la teoría de la real malicia– corresponde señalar que esta Corte coincide con lo expresado por varias jurisdicciones constitucionales en el sentido de que la libertad de expresión no comprende tan sólo la tutela de las afirmaciones verdaderas, sino que se extiende a aquellas que, aun no correspondiéndose con la realidad, han sido emitidas de una forma tal que no merece un juicio de reproche suficiente; en tal sentido, resultan invocables los conceptos expuestos por la Corte Norteamericana en ‘New York Times v. Sullivan’”. Concluyó destacando: “Que, puesto que la sentencia impugnada ha decidido que el imputado ha actuado con real malicia, atribuyéndole el conocimiento de la falsedad de la noticia, despreocupación para indagar acerca de la verdad de lo expresado e imprudencia temeraria en la forma de buscar la noticia, todo ello mediante afirmaciones dogmáticas y razonamientos que implican la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del querellado, no cabe duda de que, tal como han sido expuestos, han frustrado de manera directa e inmediata concretas garantías constitucionales”.

Se trató de la primera vez en que todos los ministros de la Corte Suprema se remitieron, de manera directa o indirecta y con fundamentaciones variadas, a la doctrina de la real malicia.

Pocos meses después, en el juicio civil “Ramos c/ LR3 Radio Belgrano”<sup>121</sup>, los ministros de la Corte Suprema nuevamente se refirieron a la doctrina de la real malicia.

<sup>121</sup> Fallos C.S. 319:3428.



Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano y Bossert, al dejar sin efecto por arbitrariedad la sentencia dictada en la instancia inferior, expresaron que ella debería ser confirmada si se aplicara la doctrina “Campillay”. Esto era así porque el periodista demandado no había probado que, al difundir la noticia, hubiera invocado la fuente informativa “y que sus dichos coinciden sustancialmente con aquélla”. Que a igual resultado conducía la aplicación de la real malicia porque, en la estructura del fallo apelado, resultaba que el demandado “no tenía prueba alguna, al momento de propalar la noticia, de las supuestas irregularidades cometidas por el actor”, que era un funcionario público.

Sin embargo, la sentencia era arbitraria, ya que, en la prueba confesional, la posición formulada por el actor al afirmar que el demandado “tenía pruebas” sobre el hecho ilícito que habría perpetrado aquél, fue considerada por el a quo como erróneamente formulada, en cambio, la respuesta del demandado: “no era cierto”, debía entenderse como reconocimiento de que no tenía aquellas pruebas. La aplicación de distintos enfoques para juzgar la forma en que había sido formulada la posición y su respuesta evidenciaban un trato desigual para la parte demandada y con referencia a la misma prueba, que tornaban arbitraria la sentencia.

Los ministros Nazareno, Moliné O'Connor y López sostuvieron que el a quo había aplicado la doctrina de la real malicia y que las discrepancias del apelante no recaían sobre los elementos que la componen, sino que apuntaban a la ponderación efectuada de las pruebas producidas.

A su vez, el ministro Vázquez admitió que la doctrina de la real malicia había sido adoptada por nuestra Corte Suprema. Destacó sus bondades señalando que ella “...es una consecuencia necesaria del valor preponderante de la libertad de prensa en un sistema democrático sin que deba verse en ello un desplazamiento irrazonable de los principios generales que go-

biernan la responsabilidad civil, sino la adecuación de estos últimos a fines superiores que interesan a la colectividad toda”.

Agregó que, en el caso concreto, se cumplían los presupuestos requeridos para la aplicación de la doctrina de la real malicia porque no estaba cuestionado el carácter público del demandante; el hecho relatado se refería al ejercicio de sus funciones de gobierno; y que, al no haberse probado la veracidad de la noticia, quedaba descartada su “finalidad lícita”, con lo cual correspondía entender que el demandado había obrado con desinterés “por la veracidad o no de la información”, al reconocer que no tenía prueba alguna sobre las supuestas irregularidades atribuidas al demandante<sup>122</sup>.

En el caso, los agravios del accionante residían en el hecho de que el periodista demandado, en el curso de un programa radial, leyó la publicación efectuada en una revista donde se le imputaba una conducta, en el ejercicio de la función gubernamental, que cuestionaba su honorabilidad. En la demanda, que el accionante había promovido contra la editora del medio gráfico, su pretensión resarcitoria había sido rechazada porque se acreditó que la fuente informativa invocada había sido otro funcionario público quien formuló aquellas imputaciones.

A raíz del pronunciamiento de la Corte Suprema, la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal dictó una nueva sentencia en la cual reiteró su condena civil para el periodista demandado.

<sup>122</sup> En modo alguno la doctrina de la real malicia impone, para el emisor, el deber de constatar la veracidad de la información. La interpretación efectuada por el juez Vázquez del precedente “*Masson v. New Yorker Magazine*” (501 U.S. 496 de 1991) para avalar su postura no es correcta. En el caso, la Suprema Corte sostuvo que la alteración por el emisor de ciertas frases emitidas por el reportado no acarrea responsabilidad para aquél, aunque la modificación se hiciera conscientemente, si ella no modificaba la idea que quiso expresar el segundo y no resultaba difamatoria.

Con la disidencia del ministro Vázquez, el 14 de marzo de 2000<sup>123</sup>, la Corte volvió a revocar la sentencia. La mayoría, integrada por los ministros Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano y Bossert, destacó que “en su mentada sentencia del 27 de diciembre de 1996, esta Corte consideró que el fallo entonces recurrido no había distorsionado –desde un punto de vista conceptual– las doctrinas a las que la corriente del uso ha identificado como ‘Campillay’ y de la ‘real malicia’. Por la primera, era preciso citar la fuente y probar que los dichos coincidían sustancialmente con ella; por la segunda, la responsabilidad de García en estos autos sólo podía surgir de la acreditación, por parte del actor, de que aquél había actuado con conocimiento acerca de la falsedad de la información o, al menos, con total despreocupación acerca de tal circunstancia”.

Sostuvo que el a quo se había apartado del fallo de la Corte cuando, en la oportunidad anterior, dejó sin efecto el pronunciamiento de la Cámara. Con mayor claridad, explicitó que se había incurrido en una arbitraria aplicación de la doctrina de la real malicia. Ella requiere la prueba sobre el comportamiento doloso del autor del presunto agravio. Esa prueba no podía consistir en el simple hecho de que el periodista había afirmado que “no tenía prueba alguna, al momento de propalar la noticia, de las supuestas irregularidades cometidas por el actor”, porque la prueba de la falsedad recae sobre el demandante y sin que el demandado tenga que probar la veracidad de sus afirmaciones.

En efecto, aparentemente, lo que la mayoría de la Corte exigió es la prueba de la inexactitud y el conocimiento de la falsedad. Así lo entendió la Procuración General cuando, al interpretar el primer fallo de la Corte, expresó: “El Tribunal ha venido a sostener que la circunstancia de que el demandado haya dicho que él no tenía pruebas no conduce necesariamente a concluir que conocía la falsedad de la información o

<sup>123</sup> Fallos C.S. 323:417.

que se despreocupó totalmente de su veracidad, como juzgó el a quo<sup>124</sup>.

El caso "Pandolfi c/ Rajneri"<sup>125</sup> se suscitó a raíz de una publicación efectuada en el diario *Río Negro*. Su director, Julio Raúl Rajneri, quien había tenido una destacada e importante actuación en la función gubernamental y en el ámbito político, publicó una nota en la que formulaba severas críticas por la presunta constatación de ciertos actos de corrupción a los cuales, implícitamente, se relacionaba a Oscar Pandolfi, quien revestía el carácter de presidente del partido Unión Cívica Radical en la provincia de Río Negro. Pandolfi promovió una querrela por injurias que fue rechazada por la Cámara del Crimen provincial y luego fue revocada por el Superior Tribunal de dicha provincia. Consideró que, si bien una de las actividades principales desarrolladas por Rajneri era el periodismo, sus manifestaciones habían sido vertidas en su calidad de político. Por lo tanto, no se producía una eventual colisión entre el ejercicio de la libertad de prensa y el derecho al honor del ofendido. Tal circunstancia determinaba la rigurosa aplicación del artículo 110 del Código Penal y, aunque la nota versara sobre un tema de interés público, correspondía condenar a Rajneri porque no había podido probar que Pandolfi estuviera relacionado con los actos de corrupción denunciados.

Al revocar la sentencia, los ministros Fayt, Boggiano, Petracchi y Bossert destacaron que la distinción realizada por el a quo entre un periodista y un político carecía de toda razonabilidad, porque el factor que se debía considerar era el ejercicio de la libertad de expresión, libertad que puede ser desarrollada por cualquier persona, revista o no la calidad de periodista o político.

Los dos primeros expusieron que "...se incorporó definitivamente –en forma pretoriana– la regla constitucional conoci-

<sup>124</sup> Dictamen del procurador fiscal Felipe Daniel Obarrio.

<sup>125</sup> Fallos C.S. 320:1273 del 1° de julio de 1997.

da como la “real malicia” a nuestro derecho. Con su aplicación se procura lograr un equilibrio razonable entre el ejercicio de la función institucional de la prensa en un régimen democrático y la protección de los derechos individuales que pudieran ser afectados por comentarios lesivos a funcionarios públicos, figuras públicas y aun particulares intervinientes en cuestiones de interés público, objeto de la información o crónica. Esa doctrina se resume en la exculpación de los periodistas acusados criminalmente o procesados civilmente por daños y perjuicios causados por informaciones falsas, poniendo a cargo de los querellantes o demandantes la prueba de que las informaciones falsas lo fueron con conocimiento de que eran falsas o con imprudente y notoria despreocupación sobre si eran o no falsas. El punto de partida está en el valor absoluto que debe tener la noticia en sí, esto es, su relación directa con un interés público y su trascendencia para la vida social, política o institucional”.

Entendieron que, en el caso, la noticia versaba sobre un tema de trascendente interés público y alcanzaba al querellante que era una personalidad pública dada su condición de legislador provincial y presidente local de un partido político. Sobre tal base, concluyeron que “la cuestión sometida a la jurisdicción del Superior Tribunal de Río Negro no se centraba en el debate acerca de si el señor Pandolfi era titular o no de una sociedad controlante de otra que había obtenido créditos preferenciales de parte del banco de esa provincia –campo al que condujo la controversia el a quo al exigir como único modo de exculpación la producción de la *exceptio veritatis*–, sino si existían elementos que –en una interpretación periodística bien intencionada– hubiesen podido justificar la publicación de la noticia por su trascendencia pública”.

Los dos segundos, citando sus disidencias expuestas en un pronunciamiento anterior<sup>126</sup>, señalaron: “Recientemente esta

<sup>126</sup> Fallos C.S. 319:2741.

Corte ha ratificado la doctrina de que a los fines de condenar penalmente por un delito contra el honor al autor de una información que afecta el honor de un funcionario público, encontrándose involucrado un tema de interés general, no basta la acreditación del carácter no veraz de aquélla sino que, además, era necesario –como requisito constitucional mínimo– determinar la disposición subjetiva con la cual el agente había actuado respecto de la información que luego se acreditó objetivamente no veraz”. Agregaron que “la Corte señaló que la tutela constitucional de la libertad de expresión no podía limitarse a las afirmaciones que –con posterioridad al hecho– eran declaradas verdaderas por un órgano jurisdiccional, excluyendo de aquella protección a las que, aun no siendo ajustadas a la verdad, habían sido emitidas –ex ante– en la creencia de serlo [...]. Para el Tribunal, tal comprensión restrictiva no era compatible con su doctrina y la de otras importantes jurisdicciones constitucionales, según la cual en los sectores donde lo público era prioritario –por la naturaleza de los temas expuestos y de las personas involucradas– era necesario privilegiar el debate libre y desinhibido como modo de garantizar un elemento esencial en el sistema republicano democrático. Por tal razón, agregó la Corte, en ese ámbito la libertad de expresión no se agotaba en las meras afirmaciones verdaderas”.

Al propiciar la revocación de la sentencia condenatoria, los ministros Petracchi y Bossert expresaron que Pandolfi era un funcionario público; que el tema abordado en la publicación revestía indudable interés general; que la libertad constitucional de expresión se extiende a toda persona incluyendo tanto a los periodistas como a los políticos; que se había soslayado la circunstancia de que, Rajneri había realizado una “tenaz tarea de investigación”, pese a que no había podido probar la verdad de sus afirmaciones; y que se remitían al temperamento adoptado por la Corte Suprema al decidir el caso “Moraes Solá”.

El ministro Belluscio, al votar por la revocatoria de la sentencia recurrida, señaló que, “ante las expresiones constitucionalmente protegidas –juicios de valor u opiniones sobre la gestión pública, críticas sobre materias de interés público, informaciones y noticias sobre la administración de la cosa pública, etc.–, los criterios judiciales deben ser particularmente estrictos para decidir si ha existido un delito de derecho común”. Luego se remitió al dictamen emitido por el procurador general Ramón Lascano en el caso “Moreno y Timerman”<sup>127</sup> donde, por primera vez, fue citada la doctrina de la real malicia, para concluir que, en el caso concreto, no se había acreditado el dolo del accionado.

Por su parte, los ministros Nazareno y Vázquez propiciaron el rechazo del recurso interpuesto por Rajneri, entendiendo que era inadmisibile por aplicación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial.

El 29 de septiembre de 1998, al decidir el caso “Amarilla, Juan”<sup>128</sup>, los ministros de la Corte Suprema volvieron a analizar la doctrina de la real malicia.

En el diario *El Comercial* de la provincia de Formosa, dirigido por Juan Amarilla, se publicó una nota en la que se indicaba que un ex ministro de la provincia de Mendoza había suscripto una contratación dudosa de varios millones de pesos por servicios de alimentación que debían ser prestados en algunos hospitales. La persona involucrada promovió una querrela por calumnias e injurias por considerar que la publicación afectaba su honor. En primera instancia, el magistrado interviniente, si bien consideró que los términos de la nota eran aptos para afectar el honor del querellante, absolvió a Amarilla aplicando las reglas de la real malicia. En la instancia superior provincial, el fallo fue revocado y se condenó a Amarilla por el delito de injurias. El tribunal sostuvo que la publi-

<sup>127</sup> Fallos C.S. 269:200.

<sup>128</sup> Fallos C.S. 321:2558.

cación era de interés público, pero, “si el legislador igualó expresamente la situación de funcionarios y no funcionarios, de figuras públicas y privadas ante los ataques que, por cualquier medio, sufriera su honor, no corresponde al intérprete distinguir donde la ley no distingue”. Desestimó la aplicación de las reglas correspondientes a la real malicia, porque en el delito de injurias “lo punible no es la falsedad de la información —que incluso puede ser verdadera— sino el contenido agravante de la publicación”.

Al propiciar la revocación de la sentencia, los ministros Moliné O'Connor y López consideraron que la distinción entre funcionarios y no funcionarios, con referencia a los actos de gobierno, estaba prevista en el artículo 111 del Código Penal, “al suprimir la prohibición de la prueba de la verdad en el delito de injurias cuando la imputación hubiere tenido por objeto defender o garantizar un interés público”.

Afirmaron que, para descalificar la sentencia condenatoria, no era procedente acudir a la doctrina de la real malicia, porque la tipificación legal de los delitos contra el honor en el Código Penal ofrecía suficientes garantías a los imputados. En efecto, “no podría sustentarse válidamente una condena basada en la acreditación de la responsabilidad a título de alguna de las formas de culpa”. Sin embargo, el argumento no es consistente porque, en la real malicia, la acreditación de la culpa es insuficiente para atribuir esa responsabilidad. Se requiere la acreditación de una conducta dolosa directa o eventual. Además, corresponde al accionante probar la inexactitud de las afirmaciones del querellado y no a éste último probar la veracidad de sus expresiones.

En cambio, los jueces Petracchi y Bossert, si bien reconocieron que la Corte Suprema había aplicado las reglas de la real malicia, entendieron que en el caso no era viable porque su vigencia se concreta respecto de la propalación de aseveraciones falsas o inexactas y no a los supuestos de expresión de ideas, opiniones y juicios de valor. En tales casos, “el criterio



de ponderación deberá estar dado, pues, por la ausencia de expresiones estricta e indudablemente injuriantes y que manifiestamente carezcan de relación con las ideas u opiniones que se expongan”. Añadieron que “los escritos atribuidos al querellado contienen críticas, sin duda vehementes y quizá también agresivas, referidas a la realización de un acto de indudable interés público, pues no sólo aparece vinculado con la utilización del erario de la provincia sino, además, con la atención de los internados en hospitales provinciales. Dichas críticas están referidas a la legalidad del acto y a su oportunidad, sin que se haya hecho uso de ningún insulto o epíteto denigrante, por lo que carecen de idoneidad para generar responsabilidad jurídica por parte de su autor”.

A similar conclusión arribó el ministro Belluscio. “Que el estándar que surge de la doctrina de la real malicia, elaborada por la Suprema Corte de los Estados Unidos, sólo puede cobrar algún sentido cuando se trata del ejercicio del derecho de informar, esto es, cuando existen aseveraciones sobre circunstancias de las que se puede predicar la verdad o inexactitud. Sólo en ese contexto puede tener relevancia la actuación con conocimiento de la falsedad a la temeraria despreocupación respecto de la verdad o falsedad de la noticia. No sucede lo mismo con la crítica, las opiniones, los juicios de valor y las ideas”. Sin embargo, consideramos que incurrió en el mismo error que los jueces Moliné O’Connor y López, al sostener que la real malicia acepta una forma culposa de responsabilidad. En rigor, la aplicación de la real malicia presupone, tanto en materia penal como en la civil, la prueba fehaciente sobre la conducta dolosa del querellado o demandado. Ya sea el dolo directo o, en su defecto, una conducta que encuadre en el concepto de *reckless disregard*. Concepto este último cuyo significado no equivale al que le asignamos a la culpa simple o grave, sino al dolo eventual.

Por su parte, el ministro Fayt propició la revocación de la sentencia sobre la base de las reglas de la real malicia. Tras

puntualizar que la Corte Suprema consagró la vigencia del “estándar constitucional que se ha dado en llamar la doctrina de la real malicia”, a partir del precedente registrado en Fallos 314:1517, señaló que su fundamento radica en la “protección y fomento de la libertad de expresión referida a los asuntos de interés público. Se trata de una regla interpretativa que surge de los postulados de la democracia constitucional y que, por supuesto, no tendría sentido alguno en un sistema político autocrático donde la libertad de expresión y una de sus consecuencias directas, la libertad de prensa, no tienen ni pueden tener la función institucional o estratégica que esta Corte le ha reconocido”. Concluyó expresando que “el pronunciamiento impugnado tuvo por acreditada la responsabilidad del recurrente mediante la simple remisión a los dichos vertidos en sus notas, su conocimiento y voluntad de publicar la noticia, sin examinar si en el caso existió un elemento subjetivo [...] que excluya del ámbito de protección constitucional a la noticia difundida”.

En igual sentido, reconociendo la vigencia de la real malicia, se pronunció el ministro Boggiano. Consideró que, en función de ella, no se había acreditado el elemento subjetivo que conforma el delito de injurias.

No emitieron opinión sobre la real malicia los ministros Nazareno y Vázquez. Votaron por la inadmisibilidad del recurso interpuesto, citando el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial.

En algunos casos, la Corte Suprema descartó la aplicación de la real malicia por entender que no estaban configurados los presupuestos que tornan viable su aplicación. Así, en “Díaz c/ Editorial La Razón”<sup>129</sup>, del 24 de noviembre de 1998, y dadas sus particularidades, difícilmente cabía acudir a la real malicia. Los demandantes eran los hijos de un particular cuya memoria había sido afectada a través de una publicación periodística.

<sup>129</sup> Fallos C.S. 321:3170.

No se trataba de un funcionario público ni de una figura pública. Además, el objeto de la información carecía de toda relación con un interés institucional o un relevante interés público. Por tal razón, en el voto de la mayoría integrada por los ministros Nazareno y Moliné O'Connor, se acudió, implícitamente, a la doctrina "Campillay". Destacaron que la responsabilidad de la demandada obedecía a que no fueron acreditadas las fuentes de las cuales habrían provenido las afirmaciones formuladas en la crónica periodística.

Similar criterio fue adoptado por los restantes ministros de la Corte. Belluscio y Bossert destacaron que "...no se hallan implicados asuntos institucionales o de interés público ni se hace referencia a funcionarios públicos". Fayt entendió que el caso estaba desprovisto de "...relación directa con un interés público y su trascendencia para la vida social, política o institucional". También Petracchi consideró que no se cumplían las condiciones que tornaban viable la aplicación de la real malicia, al igual que el ministro Boggiano. A su vez, el juez Vázquez, al desechar la aplicación de esa doctrina, puntualizó: "Empero, enfáticamente debe ser señalado que lo anterior es aplicable exclusivamente en los casos en que se encuentran implicados funcionarios públicos o figuras públicas en asuntos de interés general, de acuerdo con la limitación establecida por el tribunal norteamericano en "Gertz v. Robert Welch Inc.", 418 U.S. 323, año 1974.

En otros casos, como en la querrela promovida por Eduardo Menem contra Tomás Sanz<sup>130</sup>, la decisión de la mayoría no se basó sobre la doctrina de la real malicia, pese a que la nota periodística versaba sobre un funcionario público y respecto de un tema de relevante interés público. De todos modos, y propiciando la revocación de la sentencia condenatoria, la real malicia fue invocada por los ministros Fayt, Petracchi y Bossert.

<sup>130</sup> Fallos C.S. 321:2848.

Tampoco se acudió a esa doctrina para decidir la querrela promovida por María Julia Alsogaray contra Tomás Sanz y Andrés Cascioli<sup>131</sup>.

La querrela había sido interpuesta contra el director de la revista *Humor* y el presidente de la empresa editora, por entender que, con sus conductas, se había vulnerado el derecho al honor de la querellante. La publicación cuestionada configuraba una parodia en la cual, mediante trucos fotográficos, se insertó el rostro de la querellante sobre cuerpos de mujeres desnudas en actitudes calificadas como obscenas. La publicación fue la crítica humorística formulada con motivo de la nota periodística realizada en otra revista. En esta última, Alsogaray se había prestado voluntariamente a posar, insinuando cierta desnudez, y a que esas fotografías formaran parte de una nota periodística.

La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional absolvió a los acusados por entender que no estaban configurados los elementos objetivos y subjetivos del delito de injurias. Por otra parte, la previa exposición fotográfica, y de dudoso buen gusto, de Alsogaray, “debió inducir la a extremar la cautela y prudencia con que debe comportarse toda persona que se encuentra en constante exhibición y valoración frente a los ciudadanos comunes y a la prensa nacional como internacional...”, dada su calidad de funcionaria pública.

La mayoría, por el voto de los ministros Nazareno, Moliné O'Connor, López, Vázquez y el conuez Alejandro Tazza, revocó la sentencia.

Consideraron que la sentencia era arbitraria, pues se basaba sobre afirmaciones dogmáticas: “Que en efecto, los fundamentos expuestos por la mayoría del tribunal anterior en grado para considerar atípica la conducta imputada, resultan carentes de razonabilidad, pues a la luz de la publicación

<sup>131</sup> Fallos C.S. 321:3404.

incriminada, que exhibe fotografías trucadas de mujeres en actitudes obscenas, con el rostro de la querellante, la conclusión referente a que aquéllas no tendrían entidad injurianta debido al contexto en el que fueron vertidas, el estilo de la revista *Humor* y la calidad de la funcionaria, evidencia una expresión de marcado dogmatismo que no se sustenta en ningún argumento que pueda considerarse mínimamente razonable. Que en el sentido expuesto, aun en el supuesto de que el reportaje concedido por la damnificada a la revista *Noticias* pueda considerarse superficial e incluso frívolo, de ello no puede derivarse que halle justificación la lesión a la reputación de aquélla si, como en el caso, se han publicado imágenes que lesionan la vida sexual de la acusadora particular, que no tienen ninguna relación con lo que la mencionada ha consentido de sí misma. Que asimismo carece de sustento la afirmación de la mayoría de la cámara en cuanto a que el estilo de la revista *Humor* impide la vulneración del bien jurídico protegido por no caracterizarse aquélla ‘por la neutralidad y objetividad sino que el mismo exhibe un periodismo de opinión’. Tan grave afirmación descalifica la sentencia por arbitrariedad, pues no fundamenta por qué la caricatura no debe ser punible en supuestos en que al rostro de una persona –conocida funcionaria pública– se adjunta trucado el cuerpo de mujeres desnudas en actitudes obscenas”.

Al votar en disidencia, los ministros Fayt y Belluscio destacaron que la cámara “consideró que se trataba de una nota de opinión –realizada con humor caricaturesco y de sátira– que había tenido lugar en medio de la crítica que los distintos medios –según el particular estilo de cada uno– habían expresado respecto de la actitud asumida por la querellante en la entrevista que le había efectuado la revista *Noticias* en el mes de julio de 1990, en la que la querellante había accedido a responder a diversas preguntas sobre aspectos de su vida privada. Que, por otra parte, no puede ignorarse que la notoriedad pública de la persona ofendida derivaba de la jerarquía del

cargo que por aquel entonces aquélla ejercía. Por tal razón, no resultan totalmente ajenas al presente caso las palabras del Procurador General en su dictamen de Fallos 269:200, en cuanto sostuvo que las críticas ‘...no pueden ser sancionadas aun cuando estén concebidas en términos cáusticos, vehementes, hirientes, excesivamente duros e irritantes, si no resulta la existencia de un propósito específico de denigrar o menoscabar, con el pretexto de la crítica formulada, a la persona misma de quien desempeña la función’”.

Esta argumentación fue compartida por el ministro Petracchi. Otro tanto, aunque parcialmente, por el ministro Bossert. Añadió que, “de los términos del pronunciamiento impugnado, no surge que el a quo haya otorgado una inteligencia equivocada a la libertad de prensa en desmedro del derecho a la intimidad de la funcionaria querellante; por el contrario, sus fundamentos resultan compatibles con la doctrina de este Tribunal, antes mencionada. En efecto, el a quo, sobre la base de fundamentos fácticos que no fueron rebatidos, tuvo por comprobado que la querellante había expuesto públicamente y de manera voluntaria aspectos de su vida privada, y concluyó que tal actitud fue merecedora de una dura crítica por diversos medios de comunicación, y dentro de ella ubicó a la publicación de la revista *Humor*, objeto procesal del sub lite”.

Los ministros de la Corte se abstuvieron de considerar la solución del caso mediante la aplicación de las reglas de la “real malicia”. Probablemente porque, en varias oportunidades, destacaron su inviabilidad cuando se trata de la emisión de opiniones o ideas, y no de afirmaciones fácticas cuya veracidad o falsedad debe ser objeto de análisis. Sin embargo, y tal como lo destacamos, la línea que separa los hechos de las opiniones es muy tenue. Toda opinión se basa sobre hechos, y la divulgación de un hecho genera opiniones. Asimismo, en el caso de las parodias y sátiras referentes a funcionarios públicos, conforme a los principios de la real malicia, cabe eximir de responsabilidad a su autor porque quien recibe la informa-

ción es consciente de que ella carece de veracidad y de falsedad<sup>132</sup>, aunque se base sobre hechos aparentemente reales que son distorsionados de manera deliberada.

El 30 de marzo de 2004, la Corte Suprema de Justicia reiteró la vigencia de la doctrina de la real malicia al resolver el caso “Roviralta”<sup>133</sup>. Propiciando la revocatoria del fallo condenatorio impuesto a la Editorial Tres Puntos S.A., el procurador Felipe Obarrio sostuvo que el tribunal inferior había omitido estudiar el caso a la luz de la real malicia que, como defensa, había sido invocada por el recurrente. Tal circunstancia descalificaba el pronunciamiento porque “sabemos que el *standard* jurisprudencial creado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *New York Times v. Sullivan* ha sido adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación integrando su propia línea de jurisprudencia”. Los jueces Petracchi, Boggiano, Vázquez, Maqueda y Zaffaroni adhirieron a ese punto de vista. En cambio, los ministros Belluscio y Fayt votaron en disidencia por entender que la real malicia era inaplicable en el caso por no hallarse implicados en el caso asuntos institucionales o de interés público ni hacerse referencia a funcionarios públicos.

Analizando los fundamentos expuestos por los ministros de la Corte Suprema, en los fallos por ella emitidos, resulta que todos, por lo menos en alguna oportunidad, aceptaron la vigencia de las reglas de la real malicia en nuestro derecho positivo. A veces, alterando su contenido en función de los hechos debatidos; otras, introduciendo condiciones extrañas a esa doctrina; y, en algunas oportunidades, ajustándose estrictamente a ella.

Es importante destacar que las doctrinas “Campillay” y de la “real malicia” no son incompatibles. Ambas presuponen un acto contrario al deber ser normativo; una expresión lesiva

<sup>132</sup> “*Hustler Magazine v. Falwell*” (485 U.S. 46 de 1988).

<sup>133</sup> *La Ley*, 2004-C-812.

para los derechos de un tercero; la producción de un daño; la presencia de un factor subjetivo en la conducta agravante, pues queda excluida la responsabilidad objetiva; y una relación de causalidad entre el acto y el daño.

Cada una de ellas tiene un ámbito específico de vigencia. “Campillay” es aplicable, tanto en materia civil como en la penal, cuando la libertad de expresión se ejerce en una dimensión individual. La real malicia se manifiesta, también en ambas materias, cuando el ejercicio de la libertad de expresión recae sobre funcionarios gubernamentales, o figuras públicas, o simples particulares involucrados en temas de interés institucional o de relevante interés público, que importan la proyección de aquella a una dimensión institucional o estratégica.

La real malicia, en materia civil, determina la inaplicabilidad de las reglas del Código Civil que condicionan la responsabilidad a la mera constatación de la culpa. Se requiere la debida acreditación del dolo directo o eventual. En materia penal, y con respecto al delito de injurias, corresponde al querellante probar la falsedad de la información sin que sea necesario que el querellado acredite la veracidad de sus dichos.

Ambas doctrinas son aplicables cualquiera sea la calidad de quien ejerce la libertad de expresión. Puede, o no, tratarse de un periodista o de una publicación periodística.

Tanto respecto de “Campillay” como de la real malicia, existe una corriente jurisprudencial que pretende limitar la aplicación de esas doctrinas a los casos en que se expresan hechos y no opiniones. Disentimos con esa interpretación. Cuando un medio de prensa informa sobre hechos producidos por un tercero y añade las opiniones que éste podría haber formulado, se podrá entender que la información abarca exclusivamente hechos. En tal caso, la opinión expuesta por un tercero es, para quien ejerce la libertad de expresión, un hecho. Pero también es posible que haga propias las opiniones de ese tercero, o que añada comentarios sobre ellas. En ambos casos, la emisión de



opiniones constituirá juicios de valor o de conocimiento sobre los hechos que son su objeto. En la medida en que estas opiniones sean agraviantes y no guarden una relación razonable con los hechos, es viable la imputación de un acto ilícito y su ponderación conforme a las reglas de la real malicia.

La exención de responsabilidad en “Campillay” no está condicionada a la prueba de la verdad o falsedad de las emisiones. Ella está condicionada a la individualización de la fuente; o al uso de un tiempo de verbo potencial; o a la no identificación de la persona que podría resultar agraviada. Sin embargo, en ciertos casos, la expresión de hechos veraces y de opiniones críticas sobre ellos, sin adecuarse a alguna de las tres hipótesis eximentes de responsabilidad resultantes de “Campillay”, puede acarrear soluciones injustas. Si un medio de prensa informa sobre la comisión de un delito constatado por sentencia judicial y añade comentarios críticos sobre el comportamiento del autor que, como tales, son lesivos para su honor, no resultaría razonable afirmar la responsabilidad jurídica de aquél en la medida en que ellos guardan una conexión directa con los hechos. Si las opiniones giran en torno de hechos reales y están justificadas por razones de orden público, el damnificado no podrá invocar su propia torpeza para demandar un resarcimiento.

En cambio, para la real malicia, el presupuesto de responsabilidad está dado por la expresión de hechos falsos y agraviantes, que deben ser acreditados como tales por quien promueve la acción judicial. Debe probar la inexactitud y, además, la falsedad que presupone el dolo directo o eventual. Pero en ningún caso puede haber responsabilidad jurídica si no se prueba esa inexactitud y falsedad.

La menor protección que corresponde dispensar a los funcionarios gubernamentales, a las personas públicas o a los particulares involucrados en temas de interés institucional o de relevante interés público, que fue avalada en diversos pronun-

ciamientos de la Corte Suprema de Justicia, no es un elemento propio de "Campillay", sino de la real malicia.

En cuanto a un tema tan controvertido como el de las parodias, que importan la desarticulación humorística de hechos reales, pueden acarrear responsabilidad jurídica a la luz de la doctrina "Campillay" si son lesivas para los derechos del damnificado aludido en ellas. Pero no acontece lo propio con la real malicia, porque sabemos que una parodia carece de razonable credibilidad para el público y, si su emisión se proyecta en una dimensión institucional o estratégica, será inviable la prueba de la falsedad con la consecuente exención de responsabilidad.

El apartamiento de las reglas del derecho común se justifica porque ambas concepciones están impuestas por una raíz constitucional, debido a la relevancia que tiene el ejercicio de la libertad de expresión en un sistema democrático constitucional. A esa interpretación de las normas contenidas en la Ley Fundamental debe adecuarse la aplicabilidad de las disposiciones legales de jerarquía inferior, como son los códigos Civil y Penal.

Estas conclusiones tienden a expandirse en nuestro ámbito doctrinario y jurisprudencial, aunque nos enfrentamos a un proceso de transición donde se exterioriza un consenso relativo, proceso en el cual se suelen debatir más los hechos que los criterios jurídicos. En efecto, los abusos que a veces se concretan con el ejercicio de la libertad de expresión generan una reacción erróneamente generalizada de condena hacia los medios de prensa y la aplicación de soluciones jurídicas irracionales para regular el funcionamiento de aquéllos en un sistema político democrático constitucional. Es que, en definitiva, se propicia la erradicación de tales abusos coartando inconstitucionalmente un amplio ejercicio de la libertad de prensa sin advertir que semejante postura trae aparejados el silencio, la corrupción y la impunidad en la vida republicana.

En la consolidación y proyección latinoamericana de la doctrina sobre la “real malicia” tuvo particular gravitación la labor desplegada por la Sociedad Interamericana de Prensa. Bajo sus auspicios y la presidencia del ex secretario general de las Naciones Unidas, Javier Pérez de Cuellar, en 1994 fue celebrada la Conferencia Hemisférica sobre Libertad de Expresión que formuló la célebre Declaración de Chapultepec. Esa Declaración fue avalada con la firma de la casi totalidad de los presidentes de los países americanos y distinguidas personalidades políticas y del ámbito científico y cultural. Su principio 10° establece: “Ningún medio de comunicación o periodista debe ser sancionado por difundir la verdad, criticar o denunciar al poder político”.

Entre el 16 y el 18 de agosto de 1998, en la Conferencia de Chapultepec sobre Libertad de Expresión, realizada por la Sociedad Interamericana de Prensa en San José de Costa Rica, fueron desarrollados los contenidos de los principios de la Declaración de Chapultepec.

Tuvimos el honor de integrar la comisión encargada de desarrollar el principio 10° con Danilo Arbilla, Carlos Besanson, Luis Encia Marín, Jack Fuller, Roy Moore, Luis Ortiz Alvarez y Gilberto Urdaneta. El principio 10°, cuyo contenido se basa sobre la doctrina de la real malicia, dice lo siguiente:

“Al expresar el principio décimo que ningún medio o periodista puede ser sancionado por decir la verdad, se debe entender como verdad a una meta por alcanzar, a un objetivo que se persigue. La limitada dimensión humana permite conseguir también una verdad limitada que no es necesariamente la verdad de los demás, y de ninguna manera, la verdad única y plena.

”Se debe preservar la libre difusión de esa y otras verdades con todo lo que tengan de particulares o limitadas, y fundamentalmente jamás aceptar la imposición de una verdad oficial.

”Se debe tener presente además que la verdad emerge del mercado de las ideas: hasta las ideas e informaciones falsas contribuyen a la verdad.

”En el ejercicio de la libertad de prensa solamente puede constituir un abuso la información que es conscientemente falsa propagada con malicia y con pleno conocimiento de su falsedad. No es suficiente la responsabilidad objetiva ni la presunción de daño. En caso de duda, la solución debe ser favorable a la libertad de prensa por aplicación del principio democrático *in dubio pro libertate*.

En esta materia es preciso poner en claro que no existen ilícitos de prensa, delitos de prensa o delitos de imprenta, sino delitos a través de la prensa. La prensa es uno de los medios por los cuales se puede cometer un acto ilícito ejerciendo la libertad de expresión; y la responsabilidad consecuente debe recaer sobre el autor de la expresión y no sobre el periodista o el medio de comunicación, cuando se limita a dar difusión sin hacer propias esas expresiones.

”En concreto, no hay responsabilidad para el periodista o el medio de comunicación cuando:

- se limita a difundir expresiones de un tercero sin hacerlas propias;
- cuando la información agravante no es publicada en forma asertiva;
- cuando la información agravante no individualiza a la persona agraviada;
- cuando se emiten opiniones sobre funcionarios públicos, figuras públicas o particulares involucrados en temas de interés institucional o de relevante interés público.

”La responsabilidad jurídica para el periodista o los medios de prensa por la difusión propia de hechos agravantes está condicionada a la prueba fehaciente por el demandante de:

- el carácter agravante en el caso concreto, el cual no se presume;

- el perjuicio real sufrido, el cual no se presume;
- el dolo del periodista o medio de prensa;
- que exista conciencia de la falsedad de la información si se atribuye al demandante la comisión de un acto ilícito;
- si se trata de una causa penal siempre será necesaria la prueba del dolo directo;
- si se trata de una causa civil, en lo que respecta a los daños morales, las indemnizaciones no podrán exceder los límites de la razonabilidad.

”Aquella responsabilidad jurídica para el periodista o el medio de prensa, cuando la publicación propia de un hecho agravante se refiere a funcionarios públicos, figuras públicas o particulares involucrados en temas de interés institucional o de relevante interés público, está condicionada a la prueba fehaciente por el demandante de:

- el carácter agravante en el caso concreto, el cual no se presume;
- el perjuicio real sufrido, el cual no se presume;
- la falsedad de los hechos difundidos y de que se tuvo conciencia de ello;
- el dolo directo del periodista o medio de prensa.

”En todos los casos expuestos además tiene que ser contemplado el hecho de que la acción del medio de prensa o del periodista haya tenido lugar en función del interés del público.

”Estos principios también son aplicables para el caso de aquellas legislaciones en donde están previstas las sanciones que generan el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, como una imposición arbitraria de información. Pero aun en estos casos, sólo es admisible en materia de hechos y jamás cuando se emiten opiniones”.

Sobre la base del Acta de Chapultepec, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, efectuando una inter-

pretación del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, formuló la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión que fue aprobada, en octubre de 2000, en el 108° período ordinario de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Sus principios 7° y 10° destacan:

“7°. Condicionamientos previos, tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad por parte de los Estados son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales”.

“10°. Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas”.

Conforme a los principios que constituyen la Ley Fundamental, y en particular la cláusula de su artículo 32, no existen reparos de orden constitucional que obsten a la aplicación de la doctrina de la real malicia en el derecho argentino, ni tampoco para adecuar a ella la interpretación de las normas civiles y penales en materia de responsabilidad jurídica por actos ilícitos. La prueba de la falsedad, a cargo del accionante, así como una conducta que, subjetivamente, encuadre en las hipótesis del dolo directo o eventual, son requisitos que se imponen cuando el agravio recae sobre funcionarios públicos, figuras públicas o particulares involucrados voluntaria o involuntariamente en temas de relevante y justificado interés público o en temas de índole institucional.

## Indice

Prólogo .....	9
I. Introducción .....	11
II. Antecedentes .....	17
III. Los hechos de “New York Times v. Sullivan” .....	31
IV. El fallo “New York Times v. Sullivan” .....	39
V. Comentario .....	85
VI. Evolución de la doctrina .....	93
VII. La doctrina de la real malicia en el sistema jurídico argentino .....	111
VIII. La real malicia en la jurisprudencia argentina .....	127





## Otras publicaciones de la Academia Nacional de Periodismo

- Boletines N° 1 a 15 (1997 a 2004).
- *Presencia de José Hernández en el periodismo argentino*, por Enrique Mario Mayoche, 1998.
- *Guía histórica de los medios gráficos argentinos en el siglo XIX*, 1998.
- *El otro Moreno*, por Germán Sopena, 2000.
- *Orígenes periodísticos de la crítica de arte*, por Fermín Fèvre, 2001.
- *Periodismo y empatía*, por Ulises Barrera, 2001.
- *Homenaje a Félix H. Laíño*, 2001.
- *Sarmiento y el periodismo*, por Armando Alonso Piñeiro, 2001.
- *El periodismo como deber social*, por Lauro F. Laíño, 2001.
- *Historia de la idea democrática*, por Mariano Grondona, 2002.
- *Música argentina y mundial*, por Napoleón Cabrera, 2002.
- *Premios a la Creatividad 2001*, por Diez, Pérez y Rudman, 2002.
- *Cara a cara con el mundo*, por Martín Allica, 2002.

- *La identidad de los argentinos, sus virtudes y peligros*, por Enrique Oliva, 2002.
- *Gerchunoff o el vellocino de la literatura*, por Bernardo Ezequiel Korembli, 2003.
- *La responsabilidad social y la función educativa de los medios de comunicación*, por Rafael Braun, Pedro Simoncini y Federico Peltzer, 2003.
- *Premios a la Creatividad 2002*, por Jiménez Corte, Rimoldi y Altabás, 2003.
- *Revistas de la Biblioteca Nacional argentina (1879-2001)*, por Mario Tesler, 2004.
- *Orígenes de la libertad de prensa*, por Armando Alonso Piñeiro, 2004.
- *La Prensa que he vivido*, por Enrique J. Maccira, 2004.
- *El periodismo cordobés y los años '80 del siglo XIX*, por Efraín U. Bischoff, 2004.
- *Tres batallas por la libertad de prensa*, por Alberto Ricardo Dalla Via, 2004.



Se terminó de imprimir en Impresiones Dunken  
Ayacucho 357 (C1025AAG) Buenos Aires  
Telefax: 4954-7300 / 4954-7700  
E-mail: [info@dunken.com.ar](mailto:info@dunken.com.ar)  
[www.dunken.com.ar](http://www.dunken.com.ar)  
Marzo de 2005









