

**TRES BATALLAS
POR LA
LIBERTAD DE PRENSA**

ALBERTO RICARDO DALLA VIA

**TRES BATALLAS
POR LA
LIBERTAD DE PRENSA**



ACADEMIA NACIONAL DE PERIODISMO

Buenos Aires

2004

Dalla Via, Alberto Ricardo
Tres batallas por la libertad de prensa.
1ª. ed. Buenos Aires Academia Nacional
de Periodismo, 2004.
64 p. 21x15 cm.
ISBN 987-1107-08-0
1. Libertad de Prensa. I. Título
CDD 323.445

Corrección: Karina Garofalo.

Impresora: Editorial Dunken - Ayacucho 357 (C1025AAG)
Capital Federal
Tel./fax: 4954-7700 / 4954-7300
E-mail: info@dunken.com.ar
Página web: www.dunken.com.ar

Hecho el depósito que prevé la ley 11.723
Impreso en la Argentina
© 2004 Alberto Ricardo Dalla Via
ISBN 987-1107-08-0

Academia Nacional de Periodismo

Miembros de número

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

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)
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

Fue necesario el transcurso de casi doscientos años para que el anhelo, expuesto con firmeza por John Milton, fuera recibido por la idea política dominante imperante en las sociedades más desarrolladas: “Pido, por encima de cualquier otra libertad, la de poder conocer, hablar y debatir sin impedimentos y según mi conciencia”.

Esa inserción obedeció, sustancialmente, a dos factores. Uno de ellos fue la creciente difusión del constitucionalismo democrático, cuya vigencia está condicionada a la manifestación de una amplia libertad de expresión. En aquellos países donde está firmemente arraigada la concepción democrática en el ámbito de las ideas e instituciones, la libertad de prensa constituye uno de los valores básicos de la organización política y uno de los bienes más preciados por la sociedad. El segundo está configurado por los asombrosos progresos tecnológicos registrados en los medios de comunicación social, que posibilitan la difusión del pensamiento en forma ágil y eficiente, superando cualquier tipo de trabas.

Si la historia de la humanidad puede ser definida como la historia de la lucha permanente del hombre por su libertad y dignidad, advertimos que esa lid, tarde o temprano, concluye con la destrucción de las barreras autoritarias que se le imponen arbitrariamente para su natural progreso espiritual y material. Los episodios que, hace pocos años, tuvimos oportunidad de presenciar en la ex Unión Soviética y sus países satélites, y que probablemente se reproducirán en otras áreas sumidas por las autocracias, avalan aquella conclusión en la cual la libre comunicación social y la tecnología tuvieron un papel decisivo y hasta más relevante que la fuerza de las armas.

Nos enfrentamos a una nueva etapa en la historia de la humanidad que es la era de la comunicación social. Ella no admite fronteras, no está supeditada al poder de los Estados ni de los grupos de presión o de poder, rechaza las ideologías y los preconceptos forjados por una visión estática de la vida social. Esa etapa, en su aspecto político y social, coincide con la tendencia hacia la construcción de una sociedad internacional, fruto de la gestación de una comunidad internacional, en un proceso de creciente desregulación de los medios técnicos de comunicación social que excluye toda intromisión de los gobiernos destinada a delimitar los contenidos de la libertad de expresión. Y esa realidad nos impone un desafío cotidiano, que es el de tolerar y respetar el uso y los excesos de la libertad de expresión con la convicción de que, estos últimos, en un lapso mediato o inmediato, medido con los parámetros de aquella historia de la humanidad, jamás podrán ser desterrados por las leyes sino mediante la educación para convivir en libertad y la condena espontánea de la sociedad.

Esto no significa que el futuro desenvolvimiento de la libertad de prensa estará exento de los frecuentes obstáculos gestados por la intolerancia y el espíritu totalitario de algunas concepciones políticas. Pero sí revelar que la lid del hombre por la libertad de pensamiento y de expresión es la demostración más cabal de que la historia de la humanidad es, precisamente, la historia de la lucha del hombre por su libertad y dignidad.

En este marco se exterioriza la obra de Alberto Dalla Via, un destacado jurista, profesor universitario y distinguido magistrado judicial que ya en numerosas oportunidades puso de manifiesto su profunda preocupación por los problemas que atañen a la vigencia de la democracia constitucional, con un elevado grado de erudición poco frecuente en un tema tan controvertido y complejo.

Controvertido y complejo porque, si bien en teoría todos se manifiestan partidarios de la libertad de prensa, en la práctica son muchos los que pretenden establecer límites a esa liber-

tad, cuyos alcances varían según las circunstancias, personas y valores invocados. Se admite que sin libertad de prensa no puede funcionar cabalmente un sistema democrático constitucional y que toda restricción o reglamentación al derecho de expresar o de no expresar las ideas altera no solamente el normal ejercicio de un derecho subjetivo, sino que, por encima de ese derecho, modifica toda la configuración de un sistema político. Pero claro está que, mediante el ejercicio de esa libertad, es posible que se concrete la violación de bienes legítimos que están tutelados jurídicamente. La determinación de los límites para la libertad de prensa se enfrenta con problemas que es difícil superar en una democracia constitucional. Es que la experiencia nos enseña que la sanción de las publicaciones ha sido uno de los recursos preferidos por los detentadores del poder para suprimir toda crítica o impedir el debate sobre temas públicos o trabar el desenvolvimiento de nuevas concepciones políticas y culturales. Además, la movilidad de esos límites revela que, muchas veces, la libertad de prensa fue desarticulada con el propósito de salvaguardar ciertas soluciones o doctrinas esencialmente transitorias frente al dinamismo de la vida social.

Las tres sentencias judiciales que, con agudeza, comenta el autor son hitos emblemáticos de aquella movilidad que conduce a la consolidación de la prensa libre como factor esencial para preservar la democracia constitucional. Ellas se concretaron en un país donde el rol estratégico, o de libertad preferente, que se le asigna a la libertad de prensa responde a la convicción popular de que sin una amplia libertad de prensa se debilita la estructura democrática y la vigencia de su Constitución, concebida no solamente como una ley fundamental sino como símbolo que refleja los objetivos de la nacionalidad.

Pero tal circunstancia no es óbice para que los juicios de conocimiento que conformaron sus fundamentos puedan ser proyectados a otras dimensiones nacionales como propuesta de introducción a un análisis comparativo, tal como lo explicita el autor en su epílogo.

No es frecuente encontrar obras que, con suma claridad y concisión, describan la valoración de la libertad de prensa en el proceso dinámico de la convivencia social. De una libertad que, con acierto, es calificada como la madre de todas las libertades y, por ende, soporte de la dignidad humana. Este nuevo aporte intelectual del autor se introduce, con una visión realista, en la senda descrita por Alexis de Tocqueville cuando destacaba que “para disfrutar de los invaluable beneficios que otorga la libertad de prensa, hay que cargar con los inevitables males que genera”.

GREGORIO BADENI

Introducción

En nuestro ordenamiento jurídico constitucional, que es heredero de la tradición norteamericana, existe como verdad entendida que la libertad de expresión –y la libertad de prensa como subtipo especial de aquélla– conforma un derecho de categoría especial; un derecho “sobreprotegido” en opinión de algunos, en tanto diversas normas constitucionales confluyen hacia una protección (arts. 14, 19, 20, 32, 42, 43, etc.) que pone de relieve la jerarquía especial que alcanza dentro de nuestro sistema.

En los Estados Unidos ocurre así, y también más, porque el artículo que protege la libertad de expresión es la primera enmienda, es decir, el primer artículo de su declaración de derechos, de modo que más que un derecho individual, personal o subjetivo, se la concibe como una garantía de funcionamiento del sistema democrático; como una condición previa y necesaria para el debate libre de las ideas.

En aquel país, la libertad de expresión es –sin dudas– una de las llamadas “libertades preferidas”, y esto no es así solamente por ser preferida en el ánimo o las inclinaciones de una opinión pública que aboga y defiende la prensa libre, sino por ser una de las libertades que escoge la Suprema Corte de los Estados Unidos cuando por vía de recurso de *certiorari* selecciona los casos en que va a entender, de acuerdo con la importancia o repercusión que ellos vayan a alcanzar.

Y esto nos va llevando a observar que en materia jurídica nada viene dado de antemano. Son muy pocos en la historia los casos en que alguna legislación haya tenido la clarividencia de prever todos los hechos y situaciones que iban a darse, considerando los supuestos jurídicos que se presentarían y sus

soluciones. Generalmente pasa al revés, y son los hechos los que se adelantan, los que llegan primero, y el Derecho el que viene después para consolidar situaciones, preservar valores y garantizar el ejercicio de los derechos. Por eso ocurre también que en la mayoría de los casos la materia jurídica se da *in fieri*, sobre la marcha, es decir, se viene dando. Así también ha ocurrido con la libertad de prensa, sin que eso fuera en mengua de las verdades y los valores, en ella encuentra su fundamento.

Un destacado filósofo del derecho alemán, Rudolf von Ihering, escribió un libro clásico, muy importante, que se llama *La Lucha por el Derecho*, en donde explica que ninguna norma escrita asegura por sí misma que un derecho venga dado, siempre será necesario abrir cauces, crear costumbres, sentar criterios, dictar sentencias, para que después esos principios queden en las leyes, en las constituciones y —como ocurre en nuestros tiempos— también en las declaraciones internacionales.

La historia de los casos que aquí relataremos apuntan a eso, a demostrar que los principios no vinieron dados, sino que hubo que luchar por ellos; también tiene el propósito de desacralizar los textos de las normas y hasta el contenido de las sentencias para observar que, detrás de su aparente frialdad, siempre se encuentran muy fuertes historias humanas. Los tres casos ocurrieron en los Estados Unidos, los tres fueron decididos en última instancia por la Suprema Corte, y los tres también han sentado importantes principios de alcance universal en materia de protección de la libertad de prensa.

Cuando se sancionó la Constitución de los Estados Unidos, que ha tenido gran influencia sobre el contenido de nuestra Constitución Nacional, los Estados originarios fueron remisos a conceder derechos o poderes al gobierno federal, y, por ese mismo motivo, el texto originario no contuvo declaración de derechos, aunque aquella cuestión plantea debate y discusión entre los publicistas de la época, ya que se registran al respecto discrepancias entre los mismos Hamilton y Madison;

de hecho, en aquel tiempo, no todos los Estados fundadores de la Unión tenían declaraciones de derechos en sus cartas fundacionales locales.

Las diez primeras enmiendas aparecieron, en consecuencia, como garantías de procedimiento relativas principalmente a asegurar el denominado *due process in law* en sus distintas manifestaciones. De hecho, y conforme lo han observado algunos comentaristas, poco tenían en realidad esas enmiendas de una verdadera declaración de derechos a la manera, por ejemplo, de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Basta observar, en ese sentido, que las Enmiendas IX y X consagran principios generales de organización; equivalentes —en el caso— a los artículos 33 y 121, respectivamente, de la Constitución de la Nación Argentina.

Si se constata ese origen, resultan aun más impactantes la relevancia y el desarrollo alcanzados en la doctrina constitucional norteamericana en derredor de la Primera Enmienda; en especial, con referencia a su primer párrafo, cuando dice: “El Congreso no dictará ley alguna que restrinja la libertad de expresión o de palabra”. Los estudios sobre este tema son muy numerosos en los Estados Unidos, donde se registran varios especialistas en el tema de la Primera Enmienda, enrolándose algunos de ellos en posturas extremas a favor de la más amplia protección de la libertad de expresión y en la más absoluta abstención por parte del gobierno.

La libertad de expresión consagrada en la Primera Enmienda ha seguido el camino de una jurisprudencia que ha ido evolucionando al tiempo que se iban también produciendo cambios en las valoraciones sociales, desde una filosofía liberal-individualista hacia una concepción de liberalismo más igualitaria.

En tal derrotero doctrinario cobra especial importancia la incorporación al texto estadounidense, después de la Guerra de Secesión, de la Enmienda XIV, que consagra un trato igualitario para los ciudadanos de los distintos Estados de la Unión, así

como el debido proceso legal para sus derechos fundamentales. Esto llevó al Alto Tribunal a ir modificando su jurisprudencia, al considerar que la libertad de expresión se encuentra comprendida entre los derechos que merecen la protección del “debido proceso legal” (sustancial y formal) en todos los Estados.

El tratamiento del tema tiene cabida tanto por vía de la Enmienda I como por la Enmienda XIV y, en muchos casos, por ambas; ya que, después de la cláusula comercial, es la Enmienda XIV la que representa más casos tratados por la Suprema Corte. Esta consideración sobre la protección de la libertad de expresión de la Enmienda I de la Constitución de los Estados Unidos no es un mero pasatiempo intelectual, sino una consideración necesaria habida cuenta de la influencia que la jurisprudencia constitucional estadounidense ha tenido —y sigue teniendo— a través de sus fallos más trascendentes, como respecto de esta materia se puede notar en el caso “New York Times v. Sullivan” (1960), entre otros que han tenido recepción directa en la jurisprudencia de nuestros tribunales y, especialmente, de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por esa razón, sin intentar dejar de lado el tema bajo tratamiento, me parece muy importante puntualizar dos aspectos de la interpretación constitucional norteamericana sobre estos temas que tienen especial interés para nosotros:

- 1) El primero de ellos se refiere a la temprana cuestión interpretativa sobre si las diez primeras enmiendas obligaban a todos los Estados o sólo al gobierno federal, como consecuencia de que dos enmiendas en particular, la I y la IV, dan soluciones distintas para cada caso y que las demás enmiendas nada dicen sobre el particular. La Suprema Corte estadounidense resolvió la cuestión en disputa determinando que la obligación de garantizar esos derechos sólo alcanzaba al gobierno federal, aun cuando algunos “extremistas” de la Primera Enmienda consideraban que tal prohibición debería hacerse extensiva a los Estados. Este debate concluyó con respecto a la Enmienda I, después de la

Guerra de Secesión, en 1868, con la incorporación de la Enmienda XIV y por el alcance concedido a ella en la jurisprudencia del Supremo Tribunal, según ya hemos visto.

- 2) La segunda cuestión interpretativa que computamos como de particular importancia es la referida a la consideración de la libertad de expresión (*freedom of speech*) como una “libertad preferida” que goza de una amplia y especial protección. En palabras de Carlos Nino, puede decirse que estaríamos ante un derecho “sobrepotejado” si se lo compara con otros.

Su fundamento se halla en una concepción marcadamente liberal y, tal vez el pensamiento de John Stuart Mill en su célebre escrito *On Liberty* sea el que mejor lo exprese. Para el filósofo utilitarista inglés, sólo el amplio debate de las ideas puede permitirnos corroborar y controvertir que nuestra idea es la correcta; de modo que la búsqueda de la verdad debe permitir la exposición de aquellas ideas que consideramos “incorrectas” y aun de aquellas que producen el rechazo o la repulsa de la mayor parte de los ciudadanos. No podemos considerar si una idea es verdadera o correcta hasta tanto no haya sido expuesta.

Así entendida, la libertad de expresión en el sistema norteamericano excede la consideración de una libertad individual o de un derecho subjetivo para proyectarse como un presupuesto fundamental del sistema democrático. En el caso “Texas vs. Johnson” (1986), la Suprema Corte hizo prevalecer el derecho a la libertad de expresión frente al respeto de los símbolos de la nacionalidad. Se trataba de la quema de la bandera norteamericana en las manifestaciones, una conducta que resultaba ofensiva para la mayoría de la sociedad y que configuraba un delito federal. La consideración de la libertad de expresión como un derecho de amplio margen y especial protección en el derecho constitucional norteamericano tiene especiales connotaciones por su proyección en nuestro Derecho, habida cuenta de la influencia de aquel Alto Tribunal en nues-

tra Corte Suprema, y de los distintos problemas que acarrea la aplicación de tal doctrina en nuestro derecho interno.

De todos modos, en los Estados Unidos, la protección de la libertad de expresión no ha sido absoluta, más allá de su amplitud y extensión, y en algunos casos la Suprema Corte debió limitarla en su choque contra otros valores esenciales del sistema democrático, emitiendo la fórmula del llamado “peligro cierto y actual” por intermedio del Justice Holmes en “Abrams v. United States”, fórmula de contenido abierto cuya aplicación se extendió en la interpretación vinculadas con la propaganda ideológica, como la protección del honor y de la moral.

Las primeras causas sobre libertad de expresión

Durante el primer cuarto del siglo XX, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América ratificó el derecho del Congreso y los estados a utilizar sus poderes policiales para castigar las expresiones “peligrosas” o “subversivas”. Paradójicamente, las primeras proclamaciones esporádicas en favor de la Primera Enmienda en los años '20 aparecieron en votos disidentes y no en las opiniones mayoritarias del Alto Tribunal. Las ideas propugnadas por los “profetas del disenso”, como el *Chief of Justice* Charles Evans Hughes y los magistrados Holmes y Brandeis, comenzaron lenta y pausadamente a merecer la aceptación de las mayorías.

Mientras transcurría la Primera Guerra Mundial, los norteamericanos entendían que la libertad de expresión podía ser un concepto equivocado y peligroso que fomentara una suerte de libertinaje distorsivo de valores y costumbres tradicionales. Incluso el propio magistrado Holmes, quien había adquirido fama de gran contradictor de la mayoría en los fallos sobre la materia, encontraba ciertos límites a la protección de la libertad de expresión prevista en la Primera Enmienda de la Constitución.

Cuando en 1917 las tropas estadounidenses se encontraban combatiendo en las lejanas tierras de Francia, el entonces secretario general del Partido Socialista, Charles T. Schenck, y sus partidarios, remitieron 15.000 folletos a reclutas, intimándolos a que resistieran su movilización y describiendo a los convocados como “poco menos que un reo”. La resistencia a la movilización –argumentaban– era tanto un derecho como un deber de los norteamericanos.

La Suprema Corte ratificó en esa oportunidad la condena a los sediciosos. El juez Holmes argumentó en nombre del Alto Tribunal que, en muchos lugares y en tiempos ordinarios, los acusados, al decir todo lo que decían en la circular, hubieran estado dentro de sus derechos constitucionales; sin embargo, todo acto depende de las circunstancias que lo rodean y en las cuales se desarrolla.

En tal sentido, expresó: “La protección más estricta de la libre expresión no protegería a un hombre que falsamente hiciera cundir la alarma de incendio en un teatro abarrotado y cundiera el pánico. Ni siquiera protege a un hombre de una prohibición contra la pronunciación de palabras que pudieran tener todo el efecto de una fuerza”. En definitiva, la cuestión radicaba en si la libertad de expresión se utilizaba o no en circunstancias que “crearían un peligro cierto y manifiesto que el Congreso tenía derecho a evitar... Cuando una nación está en guerra, muchas cosas que pudieran decirse en tiempo de paz constituyen tal obstáculo a su esfuerzo que su expresión no será tolerada mientras los soldados combatan, y que ningún Tribunal podría considerar como protegidas como ningún derecho constitucional”.

Varios meses después, los votos disidentes de los jueces Holmes y Brandeis en la causa *Abrams* fueron la primera indicación de un cambio que alteraría el rumbo del derecho de la Primera Enmienda. Poco antes del armisticio, un grupo de anarquistas rusos capitaneados por Jacob Abrams fue acusado de lanzar desde la ventana de un edificio en Nueva York folletos que criticaban al presidente Wilson y lo tildaban de “cobarde” e “hipócrita” por enviar tropas a Rusia.

El voto mayoritario, que estuvo a cargo del magistrado John H. Clark, entendía que los referidos panfletos buscaban excitar, en la suprema crisis de la guerra, el desánimo y la sedición, así como derrotar los planes militares del gobierno. Con fundamento en el precedente *Shenck*, fueron ratificadas

las sentencias de los acusados de un máximo de veinte años en una prisión federal.

Para Holmes, en cambio, el intento de estorbar los esfuerzos bélicos americanos no estaba debidamente probado en la causa. En voto concurrente con Brandeis, señaló: “Sólo el peligro patente de mal inmediato o la intención de infringirlo da al Congreso la facultad de establecer un límite a la opinión. El Congreso ciertamente no puede prohibir todos los esfuerzos por cambiar la opinión pública. Ni nadie puede suponer que la publicación subrepticia de un pasquín por mano desconocida, sin más, presente ningún peligro inmediato”.

“El bien deseado en último extremo se consigue mejor por el libre comercio de las ideas... la mejor prueba de la verdad es la facultad del pensamiento de hacerse aceptar en la competencia por el mercado. Esta es, en cualquier caso, la teoría de nuestra Constitución. Es un experimento. Mientras tal experimento sea parte de nuestro sistema, creo que debemos estar eternamente alertas contra intentos de limitar la expresión de opiniones que aborrecemos... salvo que tan inminentemente amenacen los legítimos y urgentes propósitos de la ley que una limitación inmediata sea menester para salvar el país”.

De modo que el criterio mantenido anteriormente por el juez Holmes en cuanto a la necesaria existencia de una opinión que fuera punible en los casos de peligro “claro y manifiesto” había cambiado hacia aquellas opiniones que crearán un “peligro inminente”. En otras palabras, el mandato inequívoco y general de la Primera Enmienda en cuanto a que el Congreso General no podría aprobar ley alguna que limitara la libertad de expresión sólo podía ser vulnerado o limitado en caso de “peligro inminente”.

Años más tarde, al resolver en el caso “Gitlow v. New York”, en 1925, Brandeis y Holmes todavía eran minoría, pero hubo un cambio importante en la opinión mayoritaria. Benjamin Gitlow era un miembro del ala izquierda del Partido Socialista y fue detenido y acusado de anarquía criminal, para lo cual se

invocó la vigencia de un Estatuto del Estado de Nueva York, imputándole que había propugnado, aconsejado e impartido el deber, necesidad y licitud de derrocar y deponer el gobierno organizado, por la fuerza, la violencia y medios ilegales, mediante ciertos escritos titulados *Manifiesto de la Izquierda y La Era Revolucionaria*.

El voto mayoritario, redactado esta vez por el juez William T. Sanford, señalaba que no había pruebas de ningún efecto resultante de la publicación y difusión del manifiesto. De todas maneras, la Suprema Corte, apartándose del criterio en cuanto a la existencia de un “peligro claro y manifiesto” —en los términos del juez Holmes—, dijo que los escritos de Gitlow producían una “mala tendencia” a la corrupción de la moral pública y a la incitación al delito.

Dicho en términos de Sanford: “No es la expresión de la abstracción filosófica, es el lenguaje de la acción directa”, para continuar postulando que el Estado tiene “el derecho a la autoconservación y que ese derecho es esencial porque una sola chispa revolucionaria puede prender un fuego que, en ascuas durante un tiempo, puede desatar una conflagración destructora generalizada. Así, el Estado podría apagar la chispa sin esperar a que haya prendido la llama o a que se haya generalizado el incendio”.

La paradoja es que la derrota en los estrados de Gitlow significó, sin embargo, un importante progreso en la elaboración doctrinaria y jurisprudencial de la libertad de expresión. Señalaba el voto del juez Sanford una cuestión fundamental: “A los efectos actuales, podemos suponer, y suponemos, que la libertad de expresión y de prensa —protegidas por la Primera Enmienda contra su limitación por el Congreso— se encuentran entre los derechos y libertades personales fundamentales protegidos por la cláusula del debido proceso de la Decimocuarta Enmienda contra su obstaculización por parte de los Estados”.

Los jueces de la minoría, Holmes y Brandeis, opinaban que la sentencia contra Gitlow debía ser revocada: “No había peligro manifiesto de un intento de deponer el gobierno por la fuerza por parte de la sin duda pequeña minoría que compartía las opiniones del acusado. Se dice que este manifiesto, más que una teoría, era una incitación. Toda idea es una incitación. Se ofrece a sí misma para ser creída y, si lo fuere, genera acción hasta que otra creencia la prevalezca o algún desmayo de energía ahogue el acto en su nacimiento... La elocuencia puede incendiar la razón. Pero, piénsese lo que se quiera sobre el superfluo discurso que tenemos ante nosotros, no tenía posibilidad alguna de provocar una conflagración inmediata”.

Gitlow cumplió tres años de su condena hasta que fue indultado por el gobernador de Nueva York. El peligroso instigador de la década del '20 se convirtió en un informante anticomunista que se ganó la vida como confidente del gobierno por una suma diaria. El juez Sanford murió sin conocer el papel trascendente que tendría su voto en esa sentencia en la afirmación de la libertad de expresión.

La prohibición de la censura previa: El caso “Near v. Minnesota”

Durante la década del '20, en los llamados “años locos”, había en los Estados Unidos muchos periódicos o semanarios de mala reputación y escandalosos en términos de prensa amarilla, algunos de los cuales desaparecerían y otros perdurarían. En buena medida, los periódicos escandalosos florecían porque los diarios importantes hacían la “vista gorda” a las conexiones y relaciones entre autoridades locales y grupos delincuentes organizados. En ese contexto, la ciudad de Minneapolis era un ámbito muy propicio para Jay M. Near y Howard A. Guilford, quienes practicaban una variante del periodismo que lindaba con la ilegalidad y que, con mucha frecuencia, traspasaba los límites del buen gusto.

Near vestía trajes ostentosos y modernos y zapatos con tacones. Tenía el aspecto de un apuesto galán de una compañía de teatro ambulante. Era anticatólico, antisemita, antinegro y enemigo de los sindicatos. Su pluma y su máquina de escribir siempre estaban a la venta, permitiéndose ejercer el rol de moralista de los pecados y vulnerabilidad política de otras personas. Entre los titulares típicos de su diario merecen destacarse: “Fino doctor de Minneapolis con mujer en hotel de St. Paul” y “Trata de blancas: conocido prócer local arruina a mujeres y vive de explotarlas”.

La corrupción política en Minneapolis y St. Paul y la tregua entre destiladores ilegales, propietarios de garitos y proxenetas y la policía y prohombres de la ciudad proporcionaba un filón inagotable para Near y Guilford. La imagen negativa que el periódico iba dando a las ciudades gemelas corría muy pareja con el oprobio que vertía por implicación sobre todos los periodistas; con todo, mucho de lo que publicaban ambos era cierto, o al menos bastante aproximado a la verdad.

En la primera edición de su nueva empresa, el *Saturday Press*, informarían acerca de alianzas que hacían posible la existencia de un garito propiedad de Bevans –un extorsionador ex socio de ambos– en unión con un gánster local llamado Mose Barnett. Los rumores hacían referencia a que Barnett le había prometido al jefe de policía que no habría asaltos a bancos mientras dejara en paz al referido garito, además, el jefe recibía por ello una participación, por lo que se trataba de una relación casi perfecta.

En su primera edición, el *Saturday Press* no hacía referencia expresa de la orden que el jefe de policía Frank Brunshill había dado a sus subordinados de echar el diario de los quioscos, basándose para ello en el poder de la fuerza con que ejercía su autoridad, pero sí hacía referencia a las amenazas por parte del mundillo de la delincuencia para liquidar a Near y Guilford.

La edición del 26 de septiembre de 1927 publicaba una nota en la que Guilford informaba: “Me dirigía a la ciudad cuando me topé con tres judíos en un Chevrolet; detuve mucho plomo y me gané una cama en el hospital St. Barnabas durante seis semanas. Por ello he abjurado toda lealtad a cualquier cosa de nariz ganchuda y que coma arenque”. Guilford insistiría en que el gánster Mose Barnett había ordenado el tiroteo después de haber leído la primera edición del diario.

Mientras Guilford se encontraba convaleciente, su socio Jay M. Near publicaba una de las mayores exclusivas sobre un incidente ocurrido meses atrás en el que también estaba involucrado el gánster Mose Barnett: “Una mañana de julio de 1927, el joven Irving Shapiro estaba detrás del tabique falso que separaba el despacho de la tintorería de su padre de la tienda, en la East Franklin Avenue. Su padre lo había apostado allí al enterarse de que Big Mose Barnett estaba a punto de visitarlo con propósitos poco cordiales”.

“Barnett, de 1,80 de estatura y 120 kg de peso, entró, arrogante, en la tienda de Shapiro. Caprichoso en el vestir, con

fino bigotito negro, Barnett tenía el aspecto proverbial de un delincuente violento. Estaba allí como pistolero a sueldo de la *Twin Cities Cleaners and Dyers Association* (asociación de lavaderos y tintoreros), gremio cuyo propósito era el de fijar precios altos y controlar el mercado impidiendo a pequeños empresarios como Shapiro que realizaran su propia limpieza a seco. Shapiro y su socio, Yale Morovitz, habían añadido su propia planta de limpieza en seco en la trastienda de su negocio, a pesar de las amenazas de Philip Moses, jefe de la extorsionista asociación de tintoreros local. Durante tres años, los dos hombres habían enviado sus trabajos de limpieza a un miembro de la asociación. Shapiro, lituano recio y tozudo que había comenzado en el negocio como planchador de pantalones, creía que tenía derecho a su propio sueño americano”.

“El 19 de agosto se repitió la visita con una llamada telefónica previa en tono amenazante. Pero Shapiro era un inmigrante autodidacta que tenía un estante lleno de libros jurídicos acerca de la Constitución, y como conocía muy bien sus derechos, también se negaba a ser amedrentado. A la mañana siguiente, los delincuentes volvieron a atacar, actuando por la asociación de tintoreros; cuatro hombres entraron en la tienda alineando a los empleados presentes contra la pared y comenzaron a verter ácido sulfúrico sobre la ropa de los clientes”.

“Shapiro declaró a la policía que, al volverse, fue golpeado con el cañón de una pistola y herido hasta el punto de necesitar cuidados médicos. Ropa de sus clientes por valor de más de ocho mil dólares había quedado completamente destruida. Cuando Irving volvió de la escuela, encontró a su padre con la cabeza vendada, la tienda en desorden, y a su madre presa de un ataque de nervios. Durante los años que siguieron a ese episodio, los dueños de la tienda se turnaban para dormir en la tienda con una pistola cargada, aunque ninguno de ellos sabía dispararla”.

Como Shapiro no confiaba en la policía debido a su conexión con Barnett y había fracasado también con una denuncia que hizo ante el fiscal, narró lo sucedido a Jay Near, quien

lo volcó en el mencionado reportaje. De manera que la tercera edición del *Saturday Press* del 8 de octubre contenía un titular de siete líneas a dos columnas que rezaba “Policía perpleja” en sus pesquisas por identificar a gamberros lanzadores de ácido que asaltaron a Sam Shapiro después de haber sido amenazado por Mose Barnett. Guilford tiroteado a sangre fría por delinquentes después de haber sido amenazado por Mose Barnett. ¿Actuará ahora el tribunal de investigación?”.

Near presentaba a Shapiro como un mártir: “Y aquí mismo os pregunto, de hombre a hombre, ¿no tenía Sam Shapiro el derecho bajo nuestra Constitución de botar su pequeña barca en nuestro mar comercial?”, y agregaba: “El periodismo en la actualidad no está tan prostituido como asquerosamente anquilosado”, y añadía, revelando su carácter: “Antes quisiera ser un piojo en la camiseta de un negro que un periodista prostituido”, su tema recurrente era que los principales periódicos tenían miedo de citar el nombre de Mose Barnett, delincuente, ventajista y pistolero.

Las andanadas de Near arreciaban y eran cada vez más fuertes y más vehementes, acusando al alcalde, al jefe de la regional policial y particularmente al fiscal del condado Floyd Olson de estar ciegos o tener intereses en los garitos ilegales regenteados por Mose Barnett y Jack Bevans, en tales ataques aparecían mezclados sus prejuicios antisemitas. En la edición del 19 de noviembre, titulada “Hechos, no Teorías” Near y Guilford agotaban su odio y su rabia de tal modo que el contenido de la nota alcanzaría negativas repercusiones mucho más allá de la misma Minneapolis al vincular los hechos delictivos denunciados con los judíos.

“...No estoy atacando a los judíos como raza. Simplemente llamo la atención sobre una verdad. Y si las personas de esa raza y credo desean librarse del oprobio y el sambenito que las ratas de su propia raza han volcado sobre ellos, sólo tienen que dar un paso al frente y ayudar a los ciudadanos honrados de Minneapolis a librar a la ciudad de esos judíos delinquentes”.

“Tanto el Sr. Guilford como yo mismo estamos dispuestos a pelear por un hombre, sea cual sea su raza, color o credo, pero ninguno de nosotros se apartará un ápice de nuestro camino trazado para evitar una pelea si los judíos quieren guerra...”.

Después de las repercusiones que tuvo la mencionada edición, el fiscal Olson prometió combatir a la prensa amarilla y poner fuera de circulación para siempre el *Saturday Press* y otros semanarios sensacionalistas. El fundamento para tal prohibición era la Ley de Escándalo Público aprobada por el Parlamento de Minnesota, que señalaba lo siguiente:

“Toda persona (...) dedicada a la actividad de producir, publicar o dar a conocer habitualmente, que tenga en su poder, venda o distribuya por propia voluntad a) un periódico, revista u otra publicación periódica, obsceno, pornográfico o lascivo, o b) un periódico malicioso, escandaloso y difamatorio (...) es reo de escándalo, y todas las personas culpables de tal escándalo pueden ser llamadas al orden, como en adelante se prevé (...). En los pleitos incoados bajo lo anteriormente expuesto, se admitirá como descargo el que se haya publicado la verdad con buenos motivos y para fines justificables”.

Con fecha 21 de noviembre de 1927, el fiscal de distrito Olson interpuso una querrela ante el juez del condado de Hennepin, Mathias Baldwin, en contra del *Saturday Press*, argumentando que se estaba ante una publicación maliciosa, escandalosa y difamatoria y, con objeto de dar fin al escándalo, solicitaba que el tribunal emitiera una orden de clausura que prohibiera a Near y a Guilford o a cualquier otra persona vinculada con ese medio llevar a cabo o proseguir dicho escándalo con el nombre de *Saturday Press* o con cualquier otro nombre, solicitando también una orden de cierre provisorio hasta que la cuestión de fondo quedara resuelta.

El juez Baldwin emitió su sentencia: hizo lugar a lo solicitado por el fiscal, señaló que la prohibición regía tanto para ediciones ya impresas como para números futuros y fue aun más lejos, el magistrado prohibió también la pro-

ducción, edición, publicación, distribución, tenencia y venta de cualquier publicación conocida por cualquier otro nombre que contuviera temas del tipo mencionado en la querrela.

Near y Guilford recurrieron la orden de cierre provisoria a los seis días de ser dispuesta planteando la inconstitucionalidad de la Ley de Escándalo Público de 1925. La táctica del abogado que habían contratado, Tomás Latimer, fue atacar la prohibición y la constitucionalidad de la ley al mismo tiempo. La declaración de inconstitucionalidad de una ley es un tema muy serio y se la considera la “última ratio” del sistema, porque cuando una norma de alcance general es sancionada por la voluntad popular representada en un parlamento o congreso, se la presume legítima.

Si bien la sentencia del juez Baldwin señalaba que el *Saturday Press* era un “escándalo” de categoría muy perjudicial para la comunidad en general, no dejó por ello de prestar debida atención a la sección de la Constitución de Minnesota que declaraba: “La libertad de prensa permanecerá eternamente inatacable, y todas las personas pueden libremente hablar, escribir y publicar sus opiniones sobre cualquier tema”, reenviando el caso al Superior Tribunal de Minnesota al tiempo que ampliaba el plazo de la orden de cierre provisoria.

Al argumentar ante el Supremo Tribunal estatal en el año siguiente, el abogado Latimer subrayaba que los editores del *Saturday Press* habían sido privados de un juicio por jurados, tal como lo garantizaba la Sexta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos para estos casos, y que la totalidad del concepto de libertad de prensa garantizado por la Primera Enmienda había sido infringido. Cinco semanas después el Tribunal dictó sentencia unánime con el voto de su presidente, el magistrado Samuel Bailey Wilson, quien señaló: “En Minnesota, ningún poder constituido puede acallar la voz sincera y honrada de la prensa, pero nunca se pretendió que nuestra Constitución protegiera la malicia, el escándalo y la difa-

mación cuando no corresponden a la verdad o las informaciones fueran publicadas con motivos despreciables o sin fines justificables”.

Lejos de rendirse, Near buscó la ayuda de la American Civil Liberties Union fundada por Roger Baldwin que le otorgó ciento cincuenta dólares para la defensa del caso al entender que la Ley de Escándalo Público era una “amenaza para la libertad del país”. La ACLU era una asociación dedicada a las causas perdidas que introdujo por primera vez la frase crucial “censura previa”. Así, al aceptar la causa, señaló: “Hasta la fecha el único control de la prensa ha sido a través de la vía penal por calumnias tras el acto punible. Vemos en este nuevo instrumento de censura previa de la publicación una amenaza para todo el principio de la libertad de prensa”.

También envió otro pedido de auxilio al editor del *Chicago Tribune*, coronel Robert Rudeford Mc. Cormick, quien tenía un celo incondicional por la Primera Enmienda y la libertad de prensa, y tenía también características personales parecidas a Near: era integrista y se burlaba en público de los judíos; consideró que los artículos del *Saturday Press* eran “bastante medidos y dotados de cierto mérito literario”. Su abogado, Weymouth Kirkland, le informó que el caso “le hacía bullir la sangre”, tanto si los artículos son fundados como si no lo son, resulta increíble e inadmisiblemente que un juez sin la intervención de un jurado suprima un periódico por mandamiento de cierre; y apuró al coronel a actuar para que no subsistiera un precedente que pudiera llevar a cualquier administración mezquina, que controlara un parlamento a aprobar estatutos similares en otros estados.

En el ínterin también se produjo un hecho importante ocasionado por la muerte de dos jueces de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos. El 8 de marzo de 1930 morían el magistrado Edward. T. Sanford, de 65 años, en el consultorio del dentista, y William Howard Taft, de 72 años, quien había pedido su renuncia por razones de salud. Taft había sido

primer presidente de los Estados Unidos antes de ocupar su cargo en la Suprema Corte.

Los votos de Sanford se habían alineado con los votos de Taft de manera tan fiel que habían sido eclipsados por su sombra, del mismo modo que las exequias del presidente Taft también eclipsaron su muerte. Pero en 1925 Sanford había escrito la opinión mayoritaria sosteniendo la condena de Benjamin Gitlow, socialista radical, confeso y editor de un periódico socialista. Al votar 7 a 2 la constitucionalidad de la Ley de Anarquía Criminal del Estado de Nueva York, Gitlow fue condenado por defender en su periódico el poder para el proletariado.

En tal oportunidad, se sostuvo por primera vez que la Primera Enmienda podría ser aplicada a los estados. “Para los propósitos actuales, podemos suponer y suponemos que la libertad de expresión y prensa –protegidas por la Primera Enmienda de su limitación por el Congreso– se encuentran entre los derechos y libertades fundamentales de la persona protegidos de su modificación por los estados por la cláusula del debido procedimiento de la Decimocuarta Enmienda”. Desde entonces, la protección la libertad de expresión encuentra su canal como “libertad preferida” tanto por la I Enmienda, que excluye al Congreso Federal de la posibilidad de su restricción, como –principalmente– por vía de la Decimocuarta Enmienda, que asegura la igualdad del debido proceso entre los Estados. La Decimocuarta Enmienda fue incorporada después de la Guerra de Secesión.

El presidente Hoover propuso al Senado como undécimo presidente (*Chief of justice*) de la Suprema Corte a Charles Evans Hughes, de 68 años de edad; como *Justice* en lugar de Sanford fue designado Owen Roberts; ambas designaciones fueron clave para cambiar la jurisprudencia de un tribunal que era sumamente conservador.

Después de la vista oral que tuvo lugar el 30 de enero de 1931 y en la que se oyeron los argumentos de las partes duran-

te una hora estricta para cada una, comenzaría el trabajo más duro para la Suprema Corte que en aquellos tiempos se reunía en una calurosa sala ubicada en la planta baja del Capitolio. Las sesiones de acuerdo tenían lugar los sábados al mediodía, con las ventanas cerradas para estar a salvo de filtraciones u oídos indiscretos.

El orden de votación era inverso al orden de los comentarios. Votaba primero el miembro más reciente y el presidente lo hacía al final. A media tarde se pasó lista. ¿Era constitucional el proceder del Estado de Minnesota? El voto decisorio recayó en el presidente Hughes, quien votó por “no”, con lo cual resultó el más apretado de los márgenes (5 a 4) para decretar la inconstitucionalidad de las censuras previas.

El último día de sesiones, el 1º de junio de 1931, el presidente Hughes, después de leer los quince párrafos que resumían los hechos, levantó el tono de voz y la vista al recitar el fallo: “No cabe ya duda de que la libertad de prensa, y de expresión, están dentro de la libertad protegida por la cláusula de debido procedimiento de la Decimocuarta Enmienda ante la intromisión por acción de los Estados”.

Sostuvo el magistrado que la Ley de Minnesota era la esencia de la censura y acudió a citas de Blackstone para sostener que las leyes de libelo y calumnia eran la solución adecuada para las falsas acusaciones y la difamación. También citó a James Madison, uno de los espíritus rectores de la Primera Enmienda, y señaló: “Cierta grado de abuso es inseparable del uso adecuado de todo, y en nada es esto más patente que en el uso de la libertad de prensa: por ello, la práctica de los Estados ha decidido que es mejor dejar unas pocas de sus ramas perjudiciales desarrollarse a placer que, podándolas, lesionar el vigor de las que dan frutos adecuados”.

Adelantando argumentos que años más tarde se profundizarían en la causa “New York v. Sullivan” que acuñó la doctrina de la “real malicia”, defendió el derecho de criticar a los funcionarios públicos con las siguientes palabras: “El hecho de que durante aproximadamente ciento cincuenta años haya habido una ausencia casi total de intentos de imponer censura previa a las publicaciones que denunciaban abusos de funcionarios públicos es significativo de la profunda convicción de que tales restricciones infringirían el derecho constitucional. Los funcionarios públicos, cuyo carácter y conducta están abiertos a debate y libre comentario en la prensa, encuentran sus remedios ante acusaciones en falso en procedimientos acogidos a las leyes de libelo y calumnia que prevén satisfacciones y castigo, y no en procedimientos para limitar la publicación de periódicos y prensa en general. El principio general de que la garantía constitucional de libertad de prensa ofrece inmunidad ante la censura previa ha sido aprobado en muchas decisiones bajo los supuestos de las constituciones de los estados”.

El presidente de la Suprema Corte iba subiendo el tono al tratar el fondo de las cuestiones más sensibles, señalando que la inmunidad de la prensa no había perdido su importancia y que los cuestionados abusos de la prensa en general no habían aumentado.

“La administración del gobierno se ha hecho más compleja, las oportunidades de abusos y corrupción se han multiplicado, el delito ha aumentado hasta proporciones de la máxima seriedad, y el peligro de que su protección corra a cargo de funcionarios desleales y de que la seguridad fundamental de vidas y haciendas sea perjudicada por conspiraciones delictivas y dejación oficial subrayan la necesidad primaria de una prensa atenta y valiente... La comisión de abusos perpetrados por perversos proveedores de escándalo no redu-

ce en nada la necesidad de inmunidad de la prensa ante la censura previa al tratar de conductas oficiales objetables”.

Sin embargo, el voto de la mayoría también enfatizaba que los derechos no son absolutos y que la libertad de prensa admite limitaciones en determinadas circunstancias. Citando el voto del juez Holmes en la causa “Schenk v. United States” de 1919, dijo el Alto Tribunal: “Cuando una nación se encuentra en guerra, muchas cosas que pudieran decirse en tiempos de paz representan tal obstáculo a su esfuerzo bélico que su expresión no será tolerable mientras haya hombres luchando, y que ningún Tribunal pudiera contemplar como protegidas por ningún derecho constitucional (...). Nadie discutiría que un gobierno podría impedir la obstrucción real a su movilización o la publicación de fechas de partida de transportes marítimos, o el número y ubicación de las tropas. Por motivos similares, los requisitos primarios de decencia pueden invocarse contra publicaciones obscenas. La seguridad de la vida comunitaria puede ser protegida contra incitaciones a actos de violencia y el derrocamiento por la fuerza de un gobierno legal... Estas limitaciones no rigen en el caso que nos ocupa”.

En octubre de 1932 con el subtítulo “El periódico que no quiso ser acallado”, el *Saturday Press*, editado por Jay M. Near, volvió a aparecer. La divisa levemente exagerada bajo la cabecera del periódico contenía la versión de Near de la sentencia “El único periódico de EE.UU. con un refrendo del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de que tenía razón; el único periódico que se atrevió a luchar por la libertad de prensa: luchó y ganó”. El legado definitivo de la causa se obtuvo cuarenta años después, casi el mismo día, en una controversia entre el presidente de los Estados Unidos y dos poderosos periódicos: el *New York Times* y el *Washington Post*, en una causa conocida como “los documentos del pentágono”.

El caso de los documentos del pentágono

El conflicto entre la seguridad nacional y la libertad de prensa que subyace en este caso es un conflicto clásico y ya había sido tema de debate en la Convención Constituyente de 1787 que sancionó en Filadelfia la Constitución de los Estados Unidos de Norte América.

Efectivamente, el 11 de agosto de ese mismo año, James Madison, de Virginia, y John Rutledge, de Carolina del Sur, propusieron que cada Cámara del Congreso mantuviera un diario de sesiones, con la sola excepción de aquellas partes de los procedimientos del Senado en que no actúe en su capacidad legislativa y en la medida en que tal cámara juzgara que era preciso el secreto. Elbridge Gerry, de Massachusetts, y Roger Sherman, de Conecticut, estuvieron de acuerdo en la propuesta pero deseaban limitarla para que dijera “salvo tales procedimientos cuales interesen a tratados y operaciones militares”, especificando de esa manera las razones limitadas que justificaban el secreto.

Otros diputados objetaron las exclusiones, como fue el caso de James Wilson, de Pennsylvania, quien argumentaba que el pueblo tenía derecho a saber qué están haciendo o han hecho sus mandatarios, y que no debería dejarse a criterio del legislador ocultar sus procedimientos. Así, se votó en contra de esa cláusula propuesta. También se introdujo en los debates una cláusula sobre libertad de prensa que no resultó votada, aunque fue introducida algunos años más tarde como una de las libertades esenciales del *bill of rights* en la Primera Enmienda.

Cabe recordar que, durante la Asamblea Constituyente, los Estados que tenían estatus independiente y que se encontraban reunidos por “pactos de Unión Perpetua” en una Confe-

deración, fueron muy cautelosos en transferir potestades al gobierno federal que se estaba creando en esa nueva Constitución. El federalismo estadounidense fue un invento que nació con una Constitución de sólo siete artículos y poderes limitados. La Declaración de Derechos llegaría recién varios años después a través de las Diez Primeras Enmiendas a la Constitución Norteamericana. Las enmiendas no sustituyen ningún texto, sino que se agregan detrás si son aprobadas por las dos terceras partes de los Estados de la Unión.

En 1961, en las semanas anteriores a la invasión a la Bahía de Cochinos, sólo en un medio importante de prensa – el *New York Times*– se debatió la controversia entre la seguridad nacional y la libertad de prensa. Los demás medios abandonaron su cobertura de la noticia o esperaron acontecimientos. La prensa sabía que ningún presidente había emprendido nunca medidas jurídicas para limitar la prensa, ni tampoco Kennedy en este caso. Se entendía, y se entiende todavía hoy, que la libertad es un derecho prácticamente inviolable. Para la prensa americana en 1961, no se trataba de si tenían derecho a publicar la información, la cuestión era si publicar era lo correcto.

Después de que el periodista Tad Szulc pasó veinticuatro horas investigando la noticia en Miami, también él meditaba sobre esta cuestión. Remiso a cursar simplemente la noticia por teléfono, solicitó una reunión con la redacción en Nueva York y enseguida tomó un avión. Sus redactores estuvieron de acuerdo en que la noticia de la invasión planteaba problemas, pero primero y antes que nada, querían conocer los datos.

De ese modo, dieron instrucciones a Szulc para que regresara a Miami y le asignaron a esa noticia plena dedicación. A su regreso, Szulc informó a James Reston, jefe de oficina del *Times* en Washington. Reston llevó el informe de Szulc al director de la CIA Allen Dulles para confirmarla, quien no la desmintió, sino que sugirió implícitamente que estaba en mar-

cha una invasión y no solicitó que se suprimiera absolutamente nada de su contenido.

El trabajo de Szulc en la Florida fue muy fructífero y encontró mucha información como para redactar el artículo que buscaba, con lo cual cursó el correspondiente despacho a Nueva York y transfirió la responsabilidad en cuanto a decidir su publicación. Aunque originariamente se había previsto que la noticia apareciera en la primera página de la edición correspondiente al 7 de abril, los redactores finalmente pusieron el artículo en la columna ocho y la resaltaron con un llamativo titular a cuatro columnas. Reston estaba en contacto con los directores del diario y aducía que los editores debían tener muy en cuenta las implicaciones que un artículo de tal naturaleza tendría para la seguridad nacional. Algunas publicaciones posteriores que analizaron estos hechos sostuvieron que Reston actuaba de tal modo en respuesta a presiones del gobierno del presidente Kennedy.

De ese modo lo ha sostenido David Habelstam, ganador del premio Pulitzer con su libro *The Powers That Be* al describir lo siguiente: “Cuando se supo en Washington que el *Times* preveía publicar el artículo de Szulc, el presidente Kennedy llamó a Scoty Reston, jefe de la oficina de Washington del *Times*, e intentó que suprimiera el artículo. Kennedy discutió con dureza y con apasionamiento sobre lo que el artículo de Szulc significaría para su política, y habló amenazadoramente de las responsabilidades que afrontaría el *Times*. Reston, algo alterado, llamó a Orvil Dryfoos, el director, y le transmitió los argumentos de Kennedy. Eran para helar la sangre en las venas: la sangre de los muertos de la fuerza expedicionaria podría caer sobre las cabezas de los redactores del *Times*”.

A pesar de tales relatos, Reston sostuvo que actuaba en nombre de su propia conciencia y no por presión alguna, ni proveniente de la Casa Blanca ni de ningún otro lado, aunque otros historiadores de esos episodios, como Harrison Salisbury,

insisten en que las mencionadas presiones eran cosa sabida en toda la redacción del *Times*.

Reston dice haber hablado con sus redactores acerca del dilema que se les presentaba al publicar en la prensa un artículo sobre una operación militar "inminente". Al oír sus opiniones, el director Orvil Dreyfoos rompió una regla y se inmiscuyó en el criterio adoptado por los redactores, ya que ordenó que el titular a cuatro columnas se redujera a una columna, que se suprimiera toda referencia al carácter "inminente" de la invasión, así como cualquier referencia vinculada con la CIA. Los cambios provocaron serios conflictos dentro de la redacción del *Times* debido a la mencionada intromisión.

Hizo los cambios porque creía que así se restablecía el equilibrio entre la obligación periodística que tenía el diario de publicar el artículo y su responsabilidad como director de no afectar la seguridad nacional. De ese modo, el artículo, algo desdibujado, apareció en la edición del 7 de abril de 1961, sólo diez días antes de la invasión que tuvo lugar el 17 de abril: 1.189 exiliados cubanos fueron capturados por las fuerzas de Fidel Castro y 114 murieron.

En el epílogo del asunto de Bahía de Cochinos, el presidente Kennedy emitió dos mensajes divergentes sobre la opinión que le merecían la prensa y la seguridad nacional. En una conversación privada con el redactor gerente del *New York Times*, dijo: "Quizá si hubieran publicado más sobre la operación, nos podrían haber salvado de un error colosal". Sin embargo, muchos periodistas sospechan que si la prensa hubiera publicado totalmente la noticia y el gobierno hubiera seguido adelante, los medios se habrían convertido en el chivo expiatorio del fracaso. Esa afirmación parece corroborarse por los dichos del presidente del 27 de abril de 1961, diez días después de la invasión: "En épocas de peligro claro y manifiesto, los tribunales han aceptado que incluso los derechos privilegiados de la Primera Enmienda deben ceder ante la necesidad de seguridad nacional del público".

Menos de un año después, el tema de las consideraciones de seguridad nacional volvió a cernirse sobre las redacciones del *New York Times* y del *Washington Post* a raíz de la crisis de los misiles cubanos. A pesar de los desmentidos del gobierno, los periodistas de Washington advertían que algo serio estaba pasando. El sábado 20 de octubre, la oficina del *New York Times* tuvo la confirmación de una asesor para la seguridad nacional. Kennedy volvió a comunicarse con el diario para pedir que detuviera la publicación hasta que el presidente se dirigiera a la Nación.

También las especulaciones y los rumores alcanzan a la actuación del *Washington Post* en tales circunstancias. Antes de que el presidente tuviera la oportunidad de llamar, el *Post* publicó un artículo en la edición dominical que decía: "Se tiene noticia de movimientos masivos de infantes de marina de los Estados Unidos ayer en los Cayos de la Florida y en bases de la Armada en el Sur. Se cree que los movimientos están en relación con la situación cubana".

Después de que la primera edición estuviera en la calle, el presidente Kennedy llamó al propietario del *Washington Post* y le formuló la misma petición que había realizado a los directores del *New York Times*, y obtuvo también un compromiso afirmativo como respuesta en resguardo de la seguridad nacional. El periodista asignado al tema en el *Post* era Murrey Marder, conocido por sus esfuerzos apasionados en contra del senador Joseph Mc Carthy del Comité de Actividades Antiamericanas del Senado en los años cincuenta.

El director Phil Graham trató de disuadir a Marder, que era un duro con espíritu rebelde, por lo que se retiró intempestivamente de la oficina. Empleando algo de picardía redactó su artículo con una introducción falsa que decía: "El Washington oficial se envolvió ayer en uno de los mantos de secreto más espesos nunca vistos en tiempos de paz, mientras responsables políticos de alto nivel elaboraban una importante decisión internacional que les estaba prohibido comentar"; en tanto que

la segunda frase –no advertida por los directores antes de publicarla– confirmaba la conexión cubana en un ejemplo clásico de doble negación, la forma que se convertiría en tónica en las crónicas del “Watergate” diez años después: “En la Casa Blanca y en los Departamentos de Estado y Defensa, funcionarios se negaron a confirmar o desmentir informes publicados ayer en el *Washington Post* de que Cuba es el centro de la extraordinaria operación”.

En el libro de Robert Kennedy sobre la crisis de los misiles de Cuba, titulado *Thirteen Days* se califica la actitud de Marder de frívola ante la gravedad de los acontecimientos que se encontraban en juego. La prensa no sabía que hasta el sábado por la tarde Kennedy no había decidido imponer un bloqueo a Cuba como alternativa frente a una intervención militar. Mientras el *Times* y el *Post* intentaban cazar la noticia, la Casa Blanca intentaba decidir qué iba a hacer. En el caso de la crisis de los cohetes, la temprana revelación por parte de la prensa podría haber potenciado el conflicto hasta una confrontación militar. Al imprimir el artículo sobre los cohetes en Cuba, la prensa podría haber comprometido prematuramente algunas de las opciones que tenía el gobierno.

Diez años después de la invasión de Bahía de Cochinos, el dilema entre la seguridad nacional y la libertad de prensa fue llevado ante los estrados de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso “New York Times v. United States”, pero que también suele mencionarse como el caso de los papeles del pentágono.

El 13 de junio de 1971, el *New York Times* comenzó a publicar una sinopsis y un análisis de un conjunto de documentos secretos en 47 volúmenes de la guerra de Vietnam compilados por el analista Daniel Ellsberg. Inmediatamente, el gobierno del presidente Nixon reaccionó entendiendo que la publicación ponía en peligro la situación de los Estados Unidos en la Guerra de Vietnam, iniciando acciones jurídicas destinadas a impedir cualquier publicación posterior.

La Suprema Corte se reunió el sábado 25 de junio por la mañana y cinco días después emitió su sentencia por seis votos contra tres. En su decisión, el Tribunal sostuvo que la onerosa carga de justificar la imposición de una censura previa no había sido satisfecha debidamente por el gobierno federal. No había logrado demostrar a seis de los magistrados que la publicación de los Documentos del Pentágono produjera daño irreparable a la seguridad nacional.

Fundando el voto de la mayoría, sostuvo el magistrado Hugo Black: “Creo que cada minuto de prosecución del mandamiento de cierre contra estos periódicos equivale a una infracción flagrante, indefensible y continuada de la Primera Enmienda... No puedo imaginar una mayor perversión de la historia... En mi opinión, lejos de merecer condena por su valiente información, el *New York Times*, el *Washington Post* y los demás periódicos deberían ser felicitados por atender al propósito que tan claramente vieron los Fundadores de la Patria. Al revelar las acciones del gobierno que condujeron a la guerra del Vietnam, los periódicos noblemente han hecho ni más ni menos que lo que los fundadores esperaban y confiaban que hicieran”.

En tanto, el voto de la minoría, suscripto por los magistrados Warren Burger, John Harlan y Harry Blackmun, se inclinó a ponderar el equilibrio a favor de la seguridad nacional con los siguientes argumentos: “Naturalmente, el propio derecho de la Primera Enmienda no es en sí un absoluto. ¿Habría sido irrazonable, puesto que el periódico podía prever las objeciones del gobierno en cuanto a la publicación de material secreto, dar al gobierno una oportunidad de revisar toda la colección y determinar si se podía llegar a un acuerdo en cuanto a su publicación? Lo que necesitamos aquí es ponderar, con normas adecuadamente desarrolladas, el amplio derecho de la prensa a informar y el muy restringido del gobierno de evitarlo. Tales normas no se han desarrollado todavía”.

La Suprema Corte estaba contraponiendo la libertad de prensa a los intereses de la seguridad nacional en un documento histórico y no en el marco de una crisis como la de Bahía de Cochinos cuando una invasión era inminente. De modo que la doctrina del Alto Tribunal en el caso de los papeles del pentágono no estableció el absolutismo de la Primera Enmienda contra todas las censuras previas, sino que, como expresó el voto del magistrado Byron White: “Yo no digo que en ninguna circunstancia permitiría la Primera Enmienda una prohibición contra la publicación de información sobre planes y operaciones del gobierno”. Tanto el gobierno como la prensa aprendieron en la causa de los papeles del pentágono que no es fácil obtener ni admitir las censuras previas, salvo en situaciones verdaderamente extremas, aunque no se definieron claramente tales circunstancias; ante ello, los jueces son poco amigos de prohibir que la prensa publique.

El dilema está lejos de resolverse o de acallarse, tanto por impacto de las nuevas tecnologías en materia de comunicaciones como por las estrategias políticas y militares que giran en derredor de ellas. En octubre de 1983, cuando los norteamericanos invadieron la isla caribeña de Granada, la prensa no fue avisada con anticipación a la invasión ni se permitió la presencia en la isla durante dos días. La tormenta que se desató sobre la cuarentena de comunicación en ese episodio ocurrido en la Presidencia de Ronald Regan, entre los medios de difusión, el Departamento de Defensa y la Casa Blanca serán recordadas durante mucho tiempo, tal vez más que la misma invasión.

Otro artículo merecería escribirse sobre el tratamiento de la información durante la primera y segunda guerra del Golfo Pérsico y –aun más– sobre el impacto que ha tenido el incremento de la doctrina de la seguridad nacional y la tesis de la guerra preventiva a partir del 11 de septiembre de 2001, donde la restricción de los derechos individuales en general, y de sus garantías han sido materia de análisis por destacados especia-

listas, tanto en los Estados Unidos como en el resto del mundo occidental.

Reiteramos que el punto debe ser materia de otros análisis, porque aquí nuestro objetivo es detenernos en el “iter” o camino que fue haciendo la libertad de prensa, como derecho consagrado por el ordenamiento en cuanto a su afirmación frente a los poderes públicos en el marco de valientes decisiones judiciales liberales.

La doctrina de la real malicia: el caso “New York Times v. Sullivan”

En 1960, en la edición del *New York Times* del 29 de marzo, apareció una solicitada que se titulaba “Escuchad sus voces que claman”, en la que sesenta y cuatro personalidades de la religión, la política, las ciencias y las artes señalaban ultrajes sufridos por el líder negro Martin Luther King e indicaban distintos atropellos a los derechos de los estudiantes negros ocurridos en el campus del Alabama State College.

El contenido de la solicitada se enmarcaba en las luchas por los derechos civiles a favor de la igualdad y en contra de la discriminación racial, enfatizadas por las decisiones de la Corte del *Chief of Justice* Earl Warren a partir del caso “Brown v. Board of Education”. La publicación comenzaba con la frase: “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 Estados Unidos 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 del mundo, ha establecido la norma de la libertad moderna...”.

Y después de muchos otros párrafos, finalizaba: “Los que luchamos diariamente en el sur por la dignidad y la libertad, apoyamos firmemente este llamado”. A continuación aparecían los nombres de los integrantes del comité para defender a Martin Luther King y la lucha por la libertad en el sur, presidida por Philip Randolph y Gardner Taylor.

Días después, algunos periódicos de Alabama pusieron en evidencia algunos errores que contenía la nota publicada en el *New York Times*, por lo que el comisionado de Asuntos Públi-

cos y supervisor del Departamento de Policía de Montgomery, el Sr. Sullivan, los demandó por difamación por la suma de 500.000 dólares. Con carácter previo, se había dirigido al diario neoyorquino y a los clérigos firmantes de una solicitada para exigir una retractación por encontrar falsedades en lo publicado.

En el *New York Times* le habían respondido que la referida solicitada no lo mencionaba a él personalmente y que el contenido de ella era correcto desde el punto de vista sustancial. En cambio, reconocían no haber encontrado datos para corroborar la afirmación en cuanto a que el comedor de la Universidad hubiese sido cerrado con un candado “para rendirles por hambre”, aunque el diario se comprometía a seguir investigando lo ocurrido para corregir las expresiones que hubieren podido eventualmente ser equivocadas.

El Tribunal de Circuito de Montgomery hizo lugar a la demanda de libelo interpuesta por Sullivan y condenó al diario neoyorquino al pago de la suma reclamada en concepto de resarcimiento y a daño moral. Esa decisión fue posteriormente confirmada por la Suprema Corte de Alabama el 30 de agosto de 1962, por lo que el *New York Times* recurrió ante la Suprema Corte Federal por vía de *certiorari*.

No era cierto que Martin Luther King hubiera sido arrestado siete veces, como decía el texto objetado, o que el Consejo Escolar de Alabama hubiera expulsado a los estudiantes negros por cantar canciones patrias, ni que la policía hubiera cercado el área de la Universidad. La Suprema Corte de Alabama resolvió que el texto de la solicitada era difamatorio y que se presumía la falsedad de su contenido, así como los daños y perjuicios reclamados en la acción entablada.

Muchos procesos civiles fueron iniciados contra los medios de prensa y contra peticionantes de derechos civiles, con el indisimulado fin de lograr intimidarlos. Cuando la Suprema Corte de los Estados Unidos resolvía el caso “*New York Times v. Sullivan*”, en 1964, los funcionarios sureños habían

entablado distintas demandas contra medios de prensa por un monto total que alcanzaba los trescientos millones de dólares.

El 9 de marzo de 1964, con el voto mayoritario a cargo del juez William J. Brennan, la Suprema Corte de los Estados Unidos dictó sentencia y reenvió el caso al Superior Tribunal del Estado de Alabama e interpretó que el derecho estatal conforme al cual el demandado debía probar que los hechos alegados habían sido totalmente verdaderos no se compadecían con los términos de la Primera Enmienda de la Constitución que otorga amplia protección a la libertad de expresión.

A partir de este importante fallo se estableció como doctrina del Alto Tribunal que para que un funcionario público pudiera promover con éxito un reclamo indemnizatorio por falsedades o difamaciones referidas a sus actuaciones o desempeño en el ámbito de sus funciones oficiales, debería probar que la declaración a él referida había sido hecha con “real malicia” (*actual malice*), es decir, que hubiera sido realizada con pleno conocimiento de que era falsa o al menos con un “temerario desinterés” (*reckless disregard*) sobre si en realidad era falsa o no lo era.

Para decirlo con las palabras del propio Alto Tribunal: “Las garantías constitucionales requieren –creemos– una regla federal que prohíba a un funcionario público obtener daños y perjuicios por una falsedad difamatoria relativa a su conducta oficial, a menos que pruebe que la declaración ha sido realizada con *actual malice*, esto es, con conocimiento de que era falsa o con temerario desinterés acerca de si era falsa o no”.

La sentencia comienza con el análisis de en qué casos una publicación se considera difamatoria para la ley del Estado de Alabama. Una vez acreditado ese extremo, la única opción que le quedaba al demandado para liberarse era persuadir al jurado de que los hechos eran verdaderos en todo. Si, en cambio, no lograba probarlo, los daños y perjuicios reclamados por el accionante eran reconocidos de manera automática, sin necesidad de probar efectivamente la existencia de un agravio o perjuicio.

En tal sentido, dijo el Alto Tribunal: "...Consideramos que la prueba producida para acreditar la existencia de malicia carece de la convincente claridad que la pauta constitucional exige, y por ende ella no sirve constitucionalmente como sustento del fallo... Se acreditó que el *Times* publicó la solicitada sin comprobar su exactitud confrontándola con las noticias publicadas según constancias de sus propios archivos. La simple presencia de esos artículos en los archivos no establece, por supuesto, que el *Times* 'supiera' que la solicitada fuera también falsa, ya que el estado mental que requiere la malicia actual debería haber sido tenido por las personas del *Times* que tenían la responsabilidad por la publicación del artículo".

"Respecto de la omisión de control por parte de esas personas, el expediente demuestra que ellas confiaron en la buena reputación de muchos de aquellos cuyos nombres figuraban en la lista como patrocinadores del aviso... Se probó que las personas que intervinieron en la publicación del aviso no vieron nada en él que pudiera hacerlo inaceptable a los efectos de la política del *Times* de rechazar las solicitadas que contuvieran 'ataques de tipo personal'... Pensamos que la prueba producida contra el *Times* justifica —a lo sumo— una declaración de negligencia por no descubrir las falencias del mismo, pero resulta constitucionalmente insuficiente para probar la temeridad exigida para una declaración de real malicia".

La existencia de prueba acerca de la real malicia fue considerada por la Suprema Corte una condición necesaria para hacer lugar a una indemnización por daños. La buena fe de haber creído en la verdad de lo dicho sólo serviría para mitigar el monto de los daños. El tema de fondo (*holding*) a decidir fue si la Ley del Estado de Alabama, aplicada a una acción promovida por un funcionario por críticas realizadas a su desempeño oficial, cercenaban la libertad de expresión y la libertad de prensa.

"La norma estatal no se salva por permitir la defensa de la verdad... Una norma que obligue al crítico de la conducta oficial a garantizar la veracidad de todas sus afirmaciones fácticas

so pena de condenas por difamación virtualmente ilimitadas en cuanto al monto, conduce a una autocensura... Permitir la prueba de la verdad, con la carga de la misma en cabeza del demandado, no significa que sólo las manifestaciones falsas vayan a ser disuadidas. Aun los tribunales que aceptan esta defensa como una adecuada salvaguarda han reconocido las dificultades de aportar prueba de que la supuesta difamación era veraz en todas sus particularidades fácticas”.

“Bajo semejante regla, los eventuales críticos de la conducta oficial podrían verse disuadidos de expresar sus críticas, aun cuando crean que lo afirmado es cierto y aun cuando ello sea efectivamente cierto, debido a la duda de poder probarlo en los tribunales o por temor al gasto necesario para hacerlo. Tenderían a formular exclusivamente declaraciones que se mantengan bien apartadas de la zona de lo ilícito. La regla desalentaría el vigor y limitaría la variedad del debate público. Ello es inconsistente con la Primera y Decimocuarta Enmienda”.

De acuerdo con el voto de la mayoría, para que un diario, un medio de prensa o aun un particular sea jurídicamente responsable por el ejercicio de la libertad de expresión contra un funcionario público en funciones, el demandante debe acreditar tres extremos: a) la existencia de una manifestación difamatoria, b) que la expresión fuese inexacta, falsa o errónea, y c) que la expresión fuera realizada con plena conciencia de su falsedad, o con total despreocupación acerca de su falsedad o verdad. El voto mayoritario tampoco olvidó hacer referencia a los clásicos principios que en la Constitución de los Estados Unidos afirman la libertad de prensa y la plena vigencia de la Primera Enmienda: “El principio general de que la libertad de expresión respecto de cuestiones públicas se encuentra asegurada por la Primera Enmienda ha sido establecido desde hace mucho tiempo en nuestros fallos. La garantía constitucional –hemos dicho– fue elaborada a efectos de asegurar un irrestricto intercambio de ideas para lograr los cambios políticos y sociales deseados por el pueblo. La preservación de la

oportunidad para la libre discusión política, con el fin de que el gobierno responda a la voluntad popular y de que los cambios puedan lograrse a través de medios legítimos –algo esencial para la seguridad de la República– es un principio fundamental de nuestro sistema constitucional. Es un preciado privilegio americano decir lo que se piensa –aunque no siempre se haga con exquisito buen gusto– sobre todas las instituciones públicas y esta oportunidad debe ser proporcionada por una vigorosa defensa que no es menos importante que la discusión abstracta.

“La Primera Enmienda –dijo el juez Learned Hand– presupone que las conclusiones correctas son más probablemente alcanzadas por una multitud de voces que mediante cualquier tipo de selección hecha por la autoridad. Para muchos, esto es, y siempre será, una insensatez; pero todos nosotros estamos embarcados en ella (...) El juez Brandeis en su voto concurrente en ‘Witney v. California’ dio al principio su formulación clásica: ‘Aquellos que lograron nuestra independencia creyeron (...) que la discusión pública es un deber político; y que éste debía ser un principio fundamental del gobierno americano. Reconocieron los riesgos a que se encuentran sometidas todas las instituciones humanas. Pero sabían que el orden no podía asegurarse simplemente mediante el temor al castigo por su infracción; que es riesgoso desalentar el pensamiento, la esperanza y la imaginación; que el temor engendra represión; que la represión engendra el odio; que el odio amenaza a los gobiernos estables; que el camino de la seguridad reposa en la oportunidad de discutir libremente supuestos agravios y proponer soluciones; y que el remedio adecuado para los malos consejos son los buenos. Creyendo en el poder de la razón aplicada a través de la discusión pública, ellos evitaron el silencio por coerción legal, el argumento de la fuerza en su peor forma. Reconociendo la ocasional tiranía de las mayorías gobernantes, enmendaron la Constitución de modo que las libertades de palabra y de reunión fueran garantizadas”.

Epílogo sobre la libertad de expresión en la sociedad abierta

Las características de una sociedad abierta, fundada en el debate racional y crítico de sus integrantes, no son incompatibles con la idea del contrato fundacional de la sociedad política, sino, por el contrario, es una idea complementaria, tanto en su lógica como en sus fundamentos. El mismo matiz diferencial está dado por el tipo de pacto social al que hacemos referencia; es decir, si se trata de un pacto autoritario (Hobbes) o democrático (Rousseau), toda vez que sólo con la segunda de las modalidades señaladas es compatible una sociedad democrática, abierta y pluralista, donde la libertad de expresión es una condición previa y necesaria para que tenga cabida el debate crítico.

Por eso la cuestión bajo análisis debe abarcarse como premisa del juego político, como tema de interés sociológico, en el valor que ha alcanzado la información para la Economía de Mercado y en la protección jurídica que surge de las normas legales ordinarias, así como de la Constitución Nacional reformada en 1994, que ha consagrado la jerarquía constitucional de algunas convenciones internacionales referidas a la materia.

El debate está planteado en estos términos: ¿hasta dónde debe llegar el límite de la libertad de expresión y hasta dónde es menester restringirla o acotarla? El profesor Owen Fiss, de la Universidad de Yale, en su libro *La ironía de la libertad de expresión* (Alfaguara, España), resalta el problema de los llamados “contravalores” que en cada caso se oponen buscando equilibrar libertad con igualdad, y en un sentido muy similar se ha expresado el ideal del “liberalismo igualitario” del recientemente fallecido John Rawls.

Es que la libertad de expresión es hoy un género que abarca distintas especies en las que se observa una mutación desde una concepción individualista a una valoración social de los derechos, como lo ha marcado el Tribunal Federal de Alemania al interpretar el artículo 5 de la Ley Fundamental de Bonn al considerar el derecho a la comunicación no solamente como un derecho fundamental, sino también como una “función social destinada a la búsqueda de la verdad”.

Eso también ocurre en el derecho constitucional norteamericano, en el que la libertad de expresión aparece como una de las llamadas “libertades preferidas” en la consideración de la Suprema Corte de Justicia, no tanto por su valor meramente individualista-liberal, sino por su valor instrumental en la articulación del debate crítico dentro del sistema democrático.

En un célebre ensayo sobre la libertad, John Stuart Mill sostuvo que sólo el amplio debate de las ideas puede permitirnos corroborar y controvertir que nuestra idea es la correcta; de modo que la búsqueda de la verdad debe permitir la exposición de aquellas ideas que consideramos “incorrectas” y —aun— aquellas que producen el rechazo o la repulsa de la mayor parte de los ciudadanos y que no podemos considerar si una idea es verdadera o correcta hasta tanto ésta no haya sido expuesta.

En aquel país, la protección de la libertad de expresión tampoco ha sido absoluta, más allá de su amplitud y extensión; en algunos casos, la Suprema Corte debió limitarla en su confronte con otros valores esenciales del sistema democrático emitiendo fórmulas como las del llamado “peligro cierto y actual” o de la “real malicia”, entre muchas otras construcciones o *standars*.

Una interpretación honesta de un principio netamente liberal como ha sido la libertad de expresión en la Constitución norteamericana no es plausible desde una visión conservadora; por el contrario, si su fundamento se encuentra entre las exigencias del debate democrático en una sociedad abierta —en

sentido “popperiano”—, un criterio interpretativo coherente debe sostener al máximo el debate y la exposición de las ideas pero sin desconocer los valores fundamentales de esa misma sociedad abierta.

También en nuestro sistema constitucional la libertad de expresión aparece como un derecho “sobrepotejado”, haciéndose visible esa sobreprotección en la medida en que no se cause un daño a un tercero, a la moral o al orden público, sino que también se manifiesta en cuanto a la libertad de prensa con la expresa prohibición de la censura previa en el artículo 14 CN y en el artículo 32, agregado en 1860 siguiendo el texto de la Enmienda I de la Constitución norteamericana y conforme a la cual se establece que la jurisdicción sobre la prensa debe ser siempre local y no federal.

Por su parte, la reforma constitucional de 1994 ha contribuido hacia una concepción amplia de la libertad de expresión en la que se incluyen el acceso a la información pública y la difusión de sus ideas por parte de los partidos políticos (art. 38), el derecho a la información de los usuarios y consumidores como “nuevo derecho” (art. 42) y la garantía específica del hábeas data, que en ningún caso puede afectar las fuentes de información periodística en su interposición o trámite, además de las alusiones a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento, a la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor, el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales (art. 75 inc. 19).

Sin embargo, numerosos pensadores muy destacados se han inquietado con este problema en los últimos tiempos, entre quienes, y sólo a modo de ejemplo, cabe mencionar a Giovanni Sartori y sus advertencias sobre la llamada “video política”, a Manuel Jiménez de Parga con su prevención sobre la “televisación” de la vida política y a Karl Popper, quien lisa y llanamente se ha inclinado por una fuerte censura de la televisión.

Ya en el siglo XIX y entre nosotros, Mariano Fraguero propugnaba que la Constitución de 1853 debía otorgar el monopolio de la prensa al Estado para evitar que la competencia comercial entre empresas periodísticas pudiera afectar la objetividad de la información. Fueron pretensiones paternalistas las que precedieron al control de la información en las distintas experiencias autoritarias, de izquierda y de derecha, que ciertamente no han contribuido –ni mucho menos alentado– a la libertad de los pueblos ni a elevar sus niveles de información y de debate. Por el contrario, solamente a través de la libertad se ha obtenido más libertad.

No sólo puede afirmarse con sinceridad que entre nosotros la libertad de prensa ha crecido y se ha afirmado desde la recuperación de la democracia, sino que la prensa, al igual que el voto responsable del electorado, se ha convertido en formidable control del ejercicio del poder. Se trata de que el adecuado balance de los valores en juego permita, sin asumir posiciones extremas, asegurar el máximo posible de libertad y de igualdad, en condiciones de acceso y de oportunidad.

Referencias bibliográficas

- BADENI, Gregorio, *Tratado de Libertad de Prensa*, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002.
- BAEZA, Carlos R., *Exégesis de la Constitución Argentina*, tomo I, artículos 1 a 43, Ed. Abaco, Buenos Aires, 2000.
- BIANCHI, Enrique Tomás y GULLCO, Hernán Víctor, *El Derecho a la Libre Expresión*, Librería Editora Platense, La Plata, 1997.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I-B, Nueva edición ampliada y actualizada a 1999-2001, Edgard, Buenos Aires, 2001.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, tomo II, Ediar, segunda reimpresión, 2001.
- FRIENDLY, Fred W. y ELLIOT, Martha J. M., *Frenos y Contrapesos del Poder. El ejemplo de los 200 años de la Constitución Americana*, Ediciones Teys S.A. Bosch Casa Editorial S.A., 1984.
- FISS, Owen, *La ironía de la Libertad de Expresión*, Alfaguara, Madrid, 1997.
- GAVIOLA, Carlos A., *El Poder de la Suprema Corte de los Estados Unidos*, TEA, 1965.
- GONZALEZ Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)*, Actualizado Humberto Quiroga Lavié, La Ley, Buenos Aires, 2001.
- LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires.

Sociedad Científica Argentina. Instituto de Ciencia Política y Constitucional, *Poder Político y Libertad de Expresión*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002.

TRIBE, Laurence H., *American Constitutional Law*, Third Edition New York, New York, Foundation Press, 2000.

Indice

Prólogo	9
Introducción	13
Las primeras causas sobre libertad de expresión	19
La prohibición de la censura previa: El caso “Near v. Minnesota”	25
El caso de los documentos del pentágono	37
La doctrina de la real malicia: el caso “New York Times v. Sullivan”	47
Epílogo sobre la libertad de expresión en la sociedad abierta	53
Referencias bibliográficas	57

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 Mayochi, 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.
- *Premio 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.
- *Revista 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.



Se terminó de imprimir en Impresiones Dunken
Ayacucho 357 (C1025AAG) Buenos Aires
Telefax: 4954-7300 / 4954-7700
E-mail: info@dunken.com.ar
www.dunken.com.ar
Noviembre de 2004

